

Ansvarsgjennombrudd ved mislighold av kontrakter i næring



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 734
Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 15263 ord

26.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Temaet for oppgaven	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Bakgrunn	2
1.4	Rettskilder	3
<u>2</u>	<u>ERSTATNING OG GYLDIGHETEN AV ANSVARSBEGRENSNINGER I KONTRAKT</u>	<u>5</u>
2.1	Erstatning ved kontraktsbrudd	5
2.2	Ansvarsbegrensninger i kontrakt	6
<u>3</u>	<u>DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR TILSIDESETTELSE AV ANSVARSBEGRENSNINGER I KONTRAKT</u>	<u>8</u>
3.1	Innledende bemerkninger	8
3.2	De rettslige grunnlagene for tilsidesettelse	8
3.2.1	NL 5-1-2	9
3.2.2	Urimelighetsbetraktninger under § 36	10
3.2.3	Grov uaktsomhet som vilkår for ansvarsgjennombrudd	16
<u>4</u>	<u>IDENTIFIKASJON</u>	<u>19</u>
<u>5</u>	<u>DE KONTRAKTSRETTSLIGE FORSETTS- OG GROV UAKTSOMHETSBEGREPENE</u>	<u>25</u>
5.1	Innledende bemerkninger	25

5.2	Innholdet av det kontraktsrettslige forsettsbegrep	25
5.2.1	Det allmenne forsett	25
5.2.2	Det kontraktsrettslige forsett	27
5.2.3	Forsett med hensyn til følgen.	29
5.2.4	Oppsummering av forsett	38
5.3	Innholdet av det kontraktrettslige grov uaktsomhetsbegrep	38
5.3.2	Uaktsomhet	39
5.3.3	Skadevolders forhold	40
5.3.4	Profesjonsansvaret	42
5.4	Den grove uaktsomhet	44
5.4.1	Grov uaktsomhet ved tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger	46
5.4.2	Oppsummering av grov uaktsomhet	47
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	49

1 Innledning

1.1 Temaet for oppgaven

Temaet for oppgaven er tilsidesettelse av kontraktsfestede begrensninger i erstatningsansvaret ved mislighold av kontrakter mellom næringsdrivende parter.

De sentrale spørsmål som drøftes i oppgaven, er først hva det rettslige grunnlaget for det økonomiske ansvaret ved mislighold er, og bakgrunnen for gyldigheten av avtalefestede begrensninger av slikt økonomisk ansvar. Videre gjøres det rede for det rettslige grunnlaget for tilsidesettelse av ansvarsbegrensningene. Det drøftes deretter hvem som må være direkte ansvarlig for misligholdet; det såkalte identifikasjonsspørsmålet. At misligholdet av kontrakten kan karakteriseres som ”forsettlig eller ”grovt uaktsomt”, er hovedvilkår for at tilsidesettelse skal skje. Innholdet av disse begrepene behandles i siste del av oppgaven. Når vilkårene for tilsidesettelse av disse begrensningene er til stede og ansvaret etter bakgrunnsretten aktualiseres, sier man at det skjer et ansvarsgjennombrudd.

Det er primært ansvaret for realdebitors mislighold som drøftes. Realkreditors kontraktsplikt består stort sett i å betale penger, og det er meget spesielt å avtale begrensninger i erstatningsansvaret for pengemangel¹, men realkreditor kan også ha mindre realforpliktelser etter kontrakten². Mislighold av realforpliktelser kan resultere i vesentlig større konsekvenstap for kjøper enn om kontraktsprisen ikke blir betalt i tide. Det er derfor kun realdebitors erstatningsansvar som blir begrenset gjennom den aktuelle typen klausuler.

¹ Slikt ansvar utløser et ubetinget objektivt ansvar der forsinkelsesrente etter morarenteloven representerer en lovfestet standarderstatning for slikt mislighold, jf Viggo Hagstrøm (2003), Kap 19 og 21.

² Det forekommer at også kjøper har realplikter etter kontrakten. Dette er aktuelt for eksempel ved tilvirkningskjøp der kjøper skal skaffe en del av materialene.

Det er erstatningsansvaret som vil være gjenstand for begrensning under de aktuelle klausulene. At det er erstatningsansvaret, og ikke prisavslags- eller rettingsbeføyelsene, som blir begrenset, henger i stor grad sammen med hvor risikoen i profesjonelle kontraktsforhold ligger. Risikoen må ses ut ifra et ”tid er penger”-synspunkt, der risikoen for realkreditor ligger i å ikke få fungerende vare til riktig tid, noe som kan resultere i konsekvenstap for ham. Prisavslag under store næringskontrakter vil av den grunn være mindre aktuelt fordi det er et vilkår for prisavslag at det foreligger en mangel som reduserer markedsverdien, og kan ikke kreves dersom det er bruksverdien som er nedsatt. Reduksjon av bruksverdien er et konsekvenstap, som må dekkes inn gjennom å kreve erstatning etter kontrakten³. Når det gjelder rettingsbeføyelsen, utelukker ikke retting av en mangel erstatning, ettersom det allerede kan ha inntruffet vesentlige konsekvenstap før retting finner sted.

1.2 Avgrensning

Det finnes to hovedtyper ansvarsbegrensninger for erstatningsansvar. Det er begrensning av erstatningsansvaret for mislighold av kontrakt og fraskrivelse av deliktsansvaret for ting- og personskader. Jeg avgrenser behandlingen mot den sist nevnte typen begrensninger, og holder meg til spørsmål i forbindelse med fraskrivelsen av ansvaret for de rene formuestap som er en følge av mislighold av kontrakt.

1.3 Bakgrunn

Temaet som presenteres, har sin bakgrunn i noe av den kontraktspraksis som har etablert seg mellom profesjonelle parter i tilvirkningskontrakter fra etterkrigstiden og frem til i dag, og den standardisering av kontraktsformularer som i denne perioden har funnet sted. Med stadig større investeringer, teknisk mer utfordrende prosjekter og dermed en større risikoeksponering for kontraktspartene har man i en del bransjer tatt i bruk risikofordelingsordninger i form av ansvarsbegrensninger for å kunne kontrollere den økonomiske belastningen for den part som ikke oppfyller sin del av kontrakten. For mindre aktører i for eksempel petroleumssektoren, større entrepriseprosjekter eller andre sektorer

³ Viggo Hagstrøm (2003) s. 398.

der store verdier står på spill, vil et erstatningsansvar for hele den positive kontraktsinteresse kunne bety en økonomisk byrde som ikke vil være mulig å bære for en mindre entreprenør eller leverandør. En rasjonell løsning vil derfor være å løfte det økonomiske ansvaret bort fra realdebitor - entreprenøren, verftet, leverandøren osv., og over på realkreditor som i mange tilfeller har en mer solid økonomisk ryggrad til å bære risikoen for slike forhold.

Slike ansvarsbegrensninger må, sett i lys av den alminnelige avtalefriheten, anses som gyldige⁴. I den grad partene selv aksepterer slike ordninger, vil de også i praksis virke etter sitt innhold. De lege lata vil slike ordninger likevel ikke stå seg under enhver omstendighet, og det kan bli aktuelt å sette ansvarsbegrensningen til side. Grunnlaget for å skjære gjennom avtalefriheten og sette en ansvarsbegrensning til side, er at det medfører urimelighet dersom klausulen opprettholdes. I norsk rett har det etter praksis og teori vært et klart utgangspunkt at slike klausuler om ansvarsbegrensning, kun kan settes til side der kontraktsbruddet er ”forsettlig” eller ”grovt uaktsomt”. Vurderingen her er at det ved slike overfor medkontrahenten hensynsløse og om enn illojale kontraktsbrudd, vil fremstå som urimelig å opprettholde begrensningen. Når et kontraktsbrudd av en slik art først foreligger, vil det derfor medføre et ansvarsgjennombrudd⁵.

1.4 Rettskilder

I oppgaven vil jeg ta i bruk alminnelig norsk rettskildelære, og forhold til denne aktualiseres det ingen ytterligere problemstillinger.

Sett bort i fra noen få sentrale avgjørelser, finnes det relativt lite høyesterettspraksis som direkte omhandler tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i kontrakt. Til gjengjeld foreligger det noen meget oppklarende voldgiftsdommer som belyser de sentrale spørsmålene temaet reiser. At det foreligger mer voldgiftspraksis enn alminnelig rettspraksis rundt kontrakter basert på standardavtaler for profesjonelle parter, er ikke en

⁴ Se punkt 2.2 nedenfor.

⁵ Se punkt 3 nedenfor.

ualminnelig rettskildesituasjon. Dette er fordi det i en betydelig del av de kontraktsstandarder⁶ som benyttes mellom næringsdrivende vil være avtalt voldgiftsbehandling fremfor alminnelig domstolsbehandling⁷. En av hovedgrunnene til at voldgift her blir valgt som konfliktløsningsmekanisme, er muligheten for hemmeligholdelse av avgjørelsen. en viktig grunn til dette, er at forretningshemmeligheter trekkes frem i avgjørelsen⁸.

Voldgiftsdommers rettskildemessige relevans vil være avhengig av at avgjørelsene offentliggjøres på et eller annet vis. I de tilfellene dommene er offentliggjort, må de kunne sies å ha tilnærmet like stor vekt som rettspraksis avsagt i lagmannsrettene. Men deres vekt vil øke i den grad det ikke finnes relevant praksis fra Høyesterett. Det må anses å gi voldgiftsdommene mer tyngde at det ofte er mennesker med spesialkompetanse og faglig tyngde innenfor det aktuelle rettsområde som blir satt som voldgiftsdommere. Dersom den aktuelle bransjen har akseptert og rettet seg etter den rettstilstanden en voldgiftsdom forfekter og den juridiske teori har akseptert dommen som argumentasjonsmessig relevant, vil den rettskildemessige vekt bli større⁹.

⁶ Eksempler på slike er NSAB 2000, NF 07, NTK 07, Skip 2000 og NS 8405.

⁷ Torstein Eckhoff, (2001) s. 163

⁸ Sjur Brækhus (1990), s. 455 flg.

⁹ Sjur Brækhus, (1990), s. 447 flg.

2 Erstatning og gyldigheten av ansvarsbegrensninger i kontrakt

2.1 Erstatning ved kontraktsbrudd

Erstatning i kontraktsretten er ved siden av avhjelp, prisavslag og heving en av de beføyelser kontraktsmotparten kan påberope seg ved et kontraktsbrudd. Som med de øvrige beføyelsene, er formålet med erstatning i kontrakt å gi kontraktspartene en mulighet til å kreve den økonomiske forventning de har etter kontrakten, i de tilfeller der oppfyllelsen er forsinket, mangelfull eller uteblir fullstendig. Dette innebærer at den som inngår en avtale får en sikkerhet for at han ikke taper det kontrakten er verdt for ham dersom kontraktsmotparten ikke evner å oppfylle kontrakten¹⁰.

Grunnvilkårene for erstatning i kontrakt og etter den alminnelige erstatningsretten er identiske. Det kreves i begge tilfeller at det foreligger økonomisk tap, et ansvarsgrunnlag og en adekvat årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og ansvarsgrunnlaget. Der en skadevoldende handling vil være det erstatningsstiftende element i den alminnelige erstatningsretten, er ansvarsgrunnlaget i det kontraktsrettslige erstatningsinstitutt basert på at det ved inngåelsen av kontrakten ligger et latent betinget erstatningskrav. Dette erstatningskravet aktualiseres når vilkårene for erstatning er oppfylt. Betingelsene for at dette erstatningskravet skal bli aktuelt, er at det foreligger mislighold av kontrakten, og at det på grunn av misligholdet oppstår et påviselig økonomisk tap på medkontrahentens hånd¹¹.

Ansvarsgrunnlagene for erstatning i kontrakt er det alminnelige culpa-ansvaret, kontrollansvaret (objektivt ansvar med unntak for force majeure) og erstatningsansvar på annet objektivt grunnlag¹². I det følgende vil det i utgangspunktet ikke spille noen rolle hvilket av disse erstatningsgrunnlagene som er begrenset gjennom den aktuelle ansvarsbegrensningen. Dersom det foreligger ansvarsgjennombrudd, vil det være det

¹⁰ Viggo Hagstrøm (2003), kap 19.1.

¹¹ Viggo Hagstrøm (2003) kap. 19.1.

¹² Viggo Hagstrøm (2003) kap 19.2, 19.4 og 19.5.

erstatningsgrunnlag som etter bakgrunnsretten fører til økonomisk ansvar, som kommer til anvendelse.

2.2 Ansvarsbegrensninger i kontrakt

En ansvarsbegrensning er en bestemmelse i lov eller avtale som setter ned eller tar bort et ansvar som etter andre rettsregler ville oppstått. Nedsettelsen av ansvaret kan bestå i at et erstatningsansvar eller at en annen type befyelse blir avkortet eller faller bort. I det følgende er det bortfall eller avkortning av erstatningsansvar som er det sentrale.

Med utgangspunkt i Rt. 1948 s.370 (Bærturdommen) var det lenge hevdet at det etter norsk rett i alminnelighet var mulig å på forhånd fraskrive seg ethvert skadesansvar gjennom kontrakt¹³. Dommen gjaldt en tvist etter en bedrifts arrangerte tyttebærtur. En deltaker omkom under transport i en av selskapets egne biler som en følge av sjåførens unnlatelse av, som retten utrykte det, ”å vise den aktsomhet som trafikkreglene krever”¹⁴. Alle passasjerene hadde på forhånd underskrevet erklæringer om ansvarsfraskrivelse. Under ansvarsfraskrivelsene sa de seg enige i at deltagelsen på bærturen var ”på eget ansvar med hensyn til ulykke og skade av enhver art som måtte inntreffe under og i forbindelse med turen”¹⁵. Høyesterett ga ikke ektefellen og sønnen til den avdøde medhold i et krav mot selskapet og forsikringsselskapet om erstatning for tap av forsørger, idet retten anså ansvarsfraskrivelsen for å være gyldig. Førstvoterende uttalte at han fant ”det klart at man ikke kan oppstille forbud mot fraskrivelse uten uttrykkelig lovhjemmel”¹⁶. Det har senere ikke blitt avsagt noen dom fra Høyesterett som fraviker den rettsoppfatning dommen gir uttrykk for.

”Bærturdommens” rettslige utgangspunkt om at avtalte begrensninger i erstatningsansvar er gyldige, har gjennom etterfølgende praksis og teori blitt noe begrenset i forhold til hvilke

¹³ Viggo Hagstrøm (1996), s. 421.

¹⁴ Rt 1948 s.370 ”Bærturdommen”, s. 372.

¹⁵ Rt 1948 s. 370 ”Bærturdommen” s. 371.

¹⁶ Rt 1948 s. 370 ”Bærturdommen” s. 373.

partskonstellasjoner som aksepteres ved inngåelsen av ansvarsbegrensninger¹⁷.

Partsforholdet i dommen og den utvetydige begrunnelsen om at slike ansvarsfraskrivelser ikke kan settes tilside uten uttrykkelig lovhjemmel, innebærer at også privatpersoner vil kunne fraskrive seg erstatningskrav de måtte få mot en næringsdrivende. En såpass vid adgang til å avtale ansvarsfraskrivelser i kontraktsforhold mellom parter med åpenbare styrkeforskjeller, ville ikke vært en akseptabel rettstilstand¹⁸. I dag er det på det rene at det kun er i kontrakter med profesjonelle parter at slik risikofordeling gyldig kan avtales¹⁹.

¹⁷ Se Rt 1994 s. 626 (Kaiinspektørdommen) og Viggo Hagstrøm (1996) s. 421 flg.

¹⁸ F.eks. i forhold til rene forbrukerkontrakter om kjøp vil Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34 § 3, om lovens ufravikelighet i forbrukerens disfavør, gjøre en avtale om slik ansvarsbegrensning ugyldig.

¹⁹ Viggo Hagstrøm (1996), 421 flg.

3 Det rettslige grunnlaget for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i kontrakt

3.1 Innledende bemerkninger

Rettsutviklingen av prinsippene om tilsidesettelse kontraktsfestede ansvarsbegrensninger, har skjedd både gjennom rettspraksis og juridisk teori²⁰. Utviklingen av disse gjelder i like stor grad ansvarsbegrensninger og -fraskrivelser som isolert sett relaterer seg til erstatningsansvaret for tingskader, som ansvarsbegrensninger for misligholdsansvaret. Det er grunnleggende likheter mellom disse to typene av begrensninger - i hovedsak at partene avtaler seg vekk fra et underliggende erstatningsansvar. Dette medfører at de juridiske utgangspunktene omkring holdbarheten av ansvarsfraskrivelser for ren skadeforvoldelse, langt på vei vil ha gyldighet også ved vurderingen av holdbarheten til ansvarsbegrensninger for erstatningsansvaret ved mislighold av kontrakt og omvendt²¹. Og innholdet av rettskilder som behandler én type begrensning, vil kunne tas til inntekt ved behandlingen av den annen type begrensning.

Hovedtrekkene i de rettslige prinsipper på dette området består i at klausuler som begrenser en parts erstatningsansvar innenfor kontraktsforholdet, likevel ikke står seg i alle tilfeller av mislighold. Den parten som har inngått kontrakten med en ansvarsbegrensning til fordel for den annen part, skal ikke behøve å tåle enhver framferd fra medkontrahenten. Men det er på det rene at det må foreligge et klart rettslig grunnlag for å kunne sette til side en gjensidig avtalt begrensning. Spørsmålet blir derfor hva som er det rettslige grunnlaget for tilsidesettelse av kontraktsfestede ansvarsbegrensninger som nevnt.

3.2 De rettslige grunnlagene for tilsidesettelse

Det er to hovedprinsipper som har vært anført som grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelser på det kontraktsrettslige planet; ærbarhetsinnsigelsen etter NL-5-1-2 og urimelighetsstandarden i avtalelovens § 36. I det følgende vil jeg gjøre rede for disse grunnlagene.

²⁰ Viggo Hagstrøm (1996), 421 flg.

²¹ Knut Kaasen (2006) s. 749- 750.

3.2.1 NL 5-1-2

Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687 Femte Bog, I Cap 2. art (NL 5-1-2) var lenge hovedgrunnlaget for tilsidesettelse av kontrakter som ble oppfattet som urettferdige eller urettmessige. Den regulerer ”Alle Contracter... ved hva Navn de nævnis kand” og hjemler tilsidesettelse av avtaler hvis de strider ”imot Loven, eller Ærbarhed”. Det er i denne sammenheng ærbarhetskriteriet som er relevant. Bestemmelsen angir ingen momenter utover dette for hva som skal ligge bak vurderingen ved en eventuell tilsidesettelse²². Ærbarhetskriteriet er en anvisning på en vurdering av de samfunnsnormer som til enhver tid anses å gjelde for den som bedømmer avtalen. I dag er bestemmelsen kun anvendelig i tilfeller av grov ærbarhetssvikt, der urimelighetsregelen i avtaleloven § 36 av domstolen ikke anses som en tilstrekkelig tydeliggjøring av en avtales mer umoralske karakter²³.

Det ble vedtagelsen av § 36, utviklet en lære etter NL 5-1-2, som danner grunnlag for å sette tilside ansvarsbegrensninger som etter sin ordlyd også skulle gjelde ved grovt uaktsomt og forsettlig kontraktsbrudd. Det måtte altså anses å stride mot ”Ærbarhet” å opprettholde begrensningene i en slik situasjon. En sentral del av denne læren innebærer også at det kun er for de kontraherende selskapenes ledelse²⁴ man ikke kan fraskrive seg ansvaret for grovt uaktsomt eller forsettlig kontraktsbrudd.

Etter vedtagelsen av avtl. § 36 må denne læren om tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelser med utgangspunkt i NL 5-1-2 sies å være utdatert, da avtl. § 36 konsumerer hele den urimelighetsvurderingen som lå til grunn for ansvarsgjennombrudd etter den eldre standarden²⁵. I forholdet mellom NL 5-1-2 og avtl. § 36 må den førstnevnte i dag kun anses som en egen ugyldighetsstandard på linje med andre ugyldighetsregler²⁶ som finnes i

²² Cornelius Sogn Ness (2005), s. 32.

²³ Geir Woxholt (2003), s. 356.

²⁴ Avtaler som begrenser ansvaret gjelder fortsatt ansatte som ikke er en del av den øvre ledelse i selskapene, jf punkt 4 nedenfor.

²⁵ Knut Kaasen (2006), s. 598.

²⁶ For eksempel avtl. §§ 29, 31, 32, 33 og pristilaksloven § 2.

lovverket²⁷. Anvendelsen av NL 5-1-2 er i dag begrenset til avtaler som er lovstridige eller svikaktige overfor den annen part.

3.2.2 Urimelighetsbetraktninger under § 36

3.2.2.1 Grunnlaget for generalklausulens anvendelse på ansvarsbegrensninger

Avtaleloven § 36 åpner for sensur ved fullstendig eller delvis tilsidesettelse eller endring av avtaler på "formuerettens omraade"²⁸, dersom "det ville virke urimelig... å gjøre den gjeldende". Bestemmelsen er i likhet med NL 5-1-2 en rettslig standard uten klare avgrensninger for anvendelsen. Ordlyden tilsier at bestemmelsen innebærer en relativt elastisk standard, som legger opp til en helhetsvurdering av den enkelte avtale som skal vurderes. Etter NOU 1979:32 s. 52 er dette likevel "ikke til hinder for at det utvikles typetilfeller som normalt vil bli ansett å stride mot generalklausulen".

Det fremgår av forarbeidene at det er "å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts misbruk av avtalefriheten som er hovedbegrunnelsen for en generalklausul"²⁹. På bakgrunn av dette er det i typiske forbrukerkontrakter at avtl. § 36 har sitt hovednedslagsfelt. Imidlertid følger det av rettspraksis at bestemmelsen også kan anvendes i forholdet mellom jevnbyrdige parter. Det må på bakgrunn av forutberegnelighetshensyn likevel foreligge tungtveiende grunner for en lempning under kontraktsforhold mellom slike parter³⁰.

Ordlyden i § 36 gir ingen konkrete holdepunkter for urimelighetsvurderingen ved spørsmål om ansvarsgjennombrudd. Forarbeidene til bestemmelsen sier lite i forhold sensuren av slik risikofordeling. I NOU 1979:32 på s. 52 (under punkt 2) nevnes det imidlertid blant de situasjoner som kan anses å utgjøre typetilfeller som strider mot § 36, at det er viktig å "ta hensyn til hvilke byrder som pålegges hver av partene. Her må en ikke bare se hen til partenes hovedforpliktelser, da det også er viktig å se hen til hvilke rettsvirkninger som

²⁷ Viggo Hagstrøm (1996), s. 464

²⁸ Jfr. avtl. § 41.

²⁹ NOU 1979: 32 s. 39.

³⁰ Viggo Hagstrøm (2003) s. 288 og Rt. 1988 s. 295.

inntreffer ved kontraktsmislighold eller ved andre tilfeller av ikke-oppfyllelse av avtalen". Ansvarsbegrensninger for det økonomiske ansvaret ved mislighold må sies å falle inn under disse tilfellene, selv om de ikke konkret er nevnt i ordlyden. I mangel av klarere ordlyd i norske forarbeider baserer Viggo Hagstrøm anvendelsen av § 36 på ansvarsbegrensninger i stor grad på de svenske forarbeidene til deres tilsvarende bestemmelse³¹, som slår fast at den vil få anvendelse i disse tilfellene. Han fremholder at ettersom bestemmelsen ble til gjennom nordisk lovsamarbeid, så må disse ha betydelig relevans for tolkningen av avtl. § 36, også i norsk rett³². Dette synet baserer han også på høyesterettspraksis. Han nevner som eksempel Rt. 1985 s. 883, der Høyesterett tillar svenske forarbeider "betydelig vekt"³³.

Det foreligger svært lite høyesterettspraksis i forhold til urimelighetssensur av klausuler som inneholder ansvarsbegrensninger. Juridisk teori³⁴ forankrer grunnlaget for slik tilsidesettelse i Rt.1994 s. 626 (Kaiinspektørdommen). Saken gjaldt et tilfelle der en speditørbedrift påberopte seg ansvarsbegrensningen i den transportkontrakten (NSAB 75)³⁵ de hadde inngått med en papirprodusent. Speditøren skulle under kontrakten laste papirruller i containere og skipe dem fra Fredrikstad til New York. Under stuingen av rullene ble det ikke tatt tilstrekkelig hensyn til at rullene var litt mindre enn de ruller som hadde vært lastet inne i tilsvarende containere under tidligere transporter. Under transport var det kraftig sjø, noe som sammen med den sterkt klanderverdige lastingen medførte forskyvning av papirrullene i containerne. Både papirrullene og containere fikk tildels betydelige skader. Det var enighet mellom partene at det forelå en grovt uaktsom skadeforvoldelse med hensyn til lastingen. Motparten, forsenderens forsikringsselskap, hevdet at de til tross for ansvarsbegrensningen i kontrakten, hadde rett til å få erstattet hele forsikringsbeløpet for skadene på papirrullene. Høyesterett uttalte i denne sammenheng at

³¹ SOU 1974: 83

³² Viggo Hagstrøm (1996), s. 466

³³ Viggo Hagstrøm nevner ikke at denne saken ikke gjelder avtl. § 36, men bestemmelser i åndsverksloven. Således bruker Hagstrøm kun denne dommen til å vise at svenske forarbeider generelt vil ha rettslig relevans der bestemmelsene har tilkommet under nordisk lovsamarbeid.

³⁴ Hans Jacob Bull (1988) s.394, Viggo Hagstrøm (1996) s.421 flg., Knut Kaasen (2006) s.597 flg.

³⁵ Nordisk Speditørforbunds Alminnelige Bestemmelser.

det var avgjørende for spørsmålet om speditøren kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i kontrakten ”om det strider mot preseptoriske kontraktsregler - alminnelige rettsgrunnsetninger eller nå kanskje avtaleloven § 36 - å gjøre en slik ansvarsbegrensning gjeldendes”³⁶. Da det, som nevnt, var enighet mellom partene om at det forelå en grovt uaktsom skadeforvoldelse, ble spørsmålet om grov uaktsomhet som vilkår for ansvarsgjennombrudd ikke drøftet nærmere. Saken ble avgjort ut i fra identifikasjonssynspunkter. Førstvoterende uttalte i den sammenheng at nettopp fordi kaiinspektøren ikke kunne identifiseres med speditørbedriften, ville ”verken alminnelige rettsgrunnsetninger eller avtaleloven § 36 [gi]³⁷ grunnlag”³⁸ for tilsidesettelse av den aktuelle ansvarsfraskrivelsen. Høyesteretts uttalelser i dommen viser klart at den anerkjenner avtl § 36 som et minst like solid grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsfraskrivelser, som de eldre rettsgrunnsetningene basert på NL 5-1-2.

At avtl. § 36 kommer til anvendelse ved tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger, og at den er en mer anvendbar standard og derfor konsumerer NL 5-1-2 sin rolle ved tilsidesettelsen av ansvarsbegrensninger, er det også bred enighet om i teorien³⁹. Hans Jacob Bull uttrykker det slik at det er etter ”[a]vtalel. § 36 gitt mulighet for en helt annen fleksibilitet enn ærbarhetsregelen og gjør det naturlig å se hen til den samlede belastning på partene uten å skille ut et enkelt, mindre spørsmål”⁴⁰.

Kaasen er i forhold til anvendelsen av § 36 på ansvarsbegrensninger relativt direkte, og slår entydig fast at ”spørsmålet om tilsidesettelse må isteden drøftes direkte på grunnlag av kriteriene i avtl. § 36”⁴¹.

³⁶ Rt 1994 s. 626 ”Kaiinspektørdommen” s. 630.

³⁷ Min retting.

³⁸ Rt 1994 s. 626 ”Kaiinspektørdommen” s. 631.

³⁹ Hans Jacob Bull (1988) s. 394, Cornelius Sogn Ness (2005) s.39 flg., Knut Kaasen (2006) s.597 flg.

⁴⁰ Hans Jacob Bull (1988), s. 394.

⁴¹ Knut Kaasen (2006) s. 602- 603.

Viggo Hagstrøm fastholder for sin del med styrke, at den gamle lære etter NL 5-1-2 fortsatt gjelder etter norsk rett fordi NL 5-1-2 tross alt ikke er opphevet som lov. Han påstår likevel dette uten å frskrive at også § 36 kan tjene som slikt grunnlag for tilsidesettelse⁴².

Det er etter dette på det rene at urimelighetsvurderingen under avtl. § 36, vil danne grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i kontrakt. Generalklausulen innebærer i alminnelighet en mer tilpasningsdyktig regel, hvis anvendelse på den enkelte avtale vil gi et mer skjønnsmessig avgjørelsesgrunnlag for om tilsidesettelse skal finne sted.

3.2.2.2 Rekkevidden av § 36 overfor ansvarsbegrensninger

Jeg vil i det følgende gjøre rede for rekkevidden av § 36, når den kommer til anvendelse på ansvarsbegrensninger i kontrakt. Det sentrale spørsmålet her, er om det er adgang for næringsdrivende parter til å frskrive seg ansvaret for egen grov uaktsomhet og forsett.

Den eneste høyesterettsavgjørelsen - etter vedtagelsen av § 36 - som omhandler spørsmålet om man kan frskrive seg ansvaret for egen grov uaktsomhet eller forsett er den tidligere nevnte Kaiinspektørdommen⁴³. Det var et sentralt punkt i saksøkers anførsler at den culpøse lastingen av papirrullene representerte et tilfelle av grov uaktsomhet. Dette var også slått fast av begge de lavere retter, og saksøkte bestred heller ikke at lastingen av papirrullene kunne karakteriseres som grovt uaktsomt. Spørsmålet om grov uaktsomhet kvalifiserer til ansvarsgjennombrudd kommer, som nevnt under punkt 3.2.2.1, derfor ikke på spissen i dommen, ettersom Høyesterett av den grunn velger å ikke ta stilling til spørsmålet. Høyesterett uttalte at "det er ikke foranledning til å gå inn på hvilken betydning slik uaktsomhet ville ha hatt for ansvarsbegrensningen"⁴⁴. Selv om spørsmålet om grov uaktsomhet vil danne grunnlag for tilsidesettelse ikke ble diskutert konkret, er dette utgangspunktet for at spørsmålet om identifikasjon ble det avgjørende i dommen. Hadde det ikke vært slik at ansvarsfrskrivelsen ville falle der speditøren hadde opptrådt grovt uaktsomt, ville spørsmålet om identifikasjon i saken, sett i perspektiv av den eldre lære

⁴² Viggo Hagstrøm, s. 475, selv om han har moderert sitt syn noe, jfr hans obligasjonsrett (2006) s. 641- 642.

⁴³ Rt. 1996 s.626 "Kaiinspektørdommen".

⁴⁴ Rt. 1996 s. 626 "Kaiinspektørdommen", s. 630.

under NL 5-1-2, vært meningsløst å behandle. Når Høyesterett i dommen anerkjenner avtl. § 36 som et juridisk holdbart grunnlag for tilsidesettelse, gjør den det klart at vilkårene for sensur av ansvarsbegrensninger etter denne, er at det foreligger grovt uaktsom skadeforvoldelse. Dersom ansvarsgjennombrudd foreligger ved grov uaktsomhet, er det på det rene at det også må gjelde for slik forsettlig fremferd. Videre kan man slutte at begrensninger i ansvaret for slik skadeforvoldelse kan settes til side under generalklausulen, innebærer at dette også gjelder for begrensninger i erstatningsansvaret for forsettlig og grovt uaktsomt mislighold.

Voldgiftsdommen ND 1984 s.404 ("Trans Tind") hjelper også å kaste lys over spørsmålet om tilsidesettelse ved grov uaktsomt eller forsettlig kontraktsbrudd. Dommen gjaldt en tvist mellom rederiet som hadde bestilt kjemikalietankeren M/T "Trans Tind", og verftet som hadde bygget henne. Tvistens kjerne var den for tidlige nedbrytningen av den coatingen som var malt på innsiden av tankene i skipet for å kunne holde på spesifikt angitte kjemikalier. Det var sannsynliggjort for voldgiftsretten at grunnen til den for korte holdbarhetstiden på coatingen var feil ved selve prosedyren rundt påføringen av coatingen, som måtte gjøres under helt spesielle forhold. Det var imidlertid ikke § 36 som var påberopt som grunnlag for tilsidesettelse av de ansvarsbegrensningene som gjaldt for erstatningen, men den tidligere kjøpslovs⁴⁵ § 1.2, som var ansett å inneholde en tilsvarende urimelighetsstandard som § 36 ved en analogi til den tidligere prislovens⁴⁶ § 18⁴⁷. Etter denne kunne altså klausuler i kjøpskontrakter settes til side i det tilfellet "det ville være urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre"... klausulene..."gjeldende"⁴⁸. Under denne gamle generalklausulen for kjøpsavtaler kom voldgiftsretten med noen momenter for vurderingen av tilsidesettelsen. Voldgiftsretten bemerket generelt at "man i kontraktsforhold som det foreliggende bør være meget tilbakeholdende med å gripe inn i partenes avtale med hjemmel i kjøpslovens sensurregel. Avtalen er inngått mellom forretningskyndige og økonomisk ressursmessig likestilte parter. De kontraktsvilkår som er

⁴⁵ Lov av 24. mai 1907 nr. 2.

⁴⁶ Lov av 26 juni 1953 nr. 4.

⁴⁷ Per Augdahl (1978), s.295(fotnote).

⁴⁸ Se ND 1984 s.404 på s.433.

benyttet, er de vanlige ved avtaler om bygging av skib ved norske verksteder, og er vel kjente i markedet”⁴⁹. Det fremholdes videre at ettersom det i store skipsbyggingskontrakter som de nevnte er et stort skadepotensiale så er det ikke ”urimelig at partene ønsker å fordele eller å begrense den risiko de her løper. En avtale om slik risikofordeling bør en være forsiktig med å underkjenne...”⁵⁰. De her nevnte momentene er også trukket frem i Kaiinspektørdommen der Høyesterett bemerker at det i den aktuelle kontrakten ”er tale om en ansvarsregulering i en standardkontrakt fremkommet gjennom forhandlinger mellom organisasjoner som er representative for spedisjonsbedriftene og kundene. Ansvarsreguleringen bygger således på en avveining av de motstridende interesser som gjør seg gjeldende”⁵¹. Det må etter dette sies å kreves mer for å sensurere avtaler som er inngått mellom interesseorganisasjoner eller andre tunge parter i den aktuelle bransjen.

Særlig i forhold til standardkontraktene så har dette hensynet om enighet mellom partene det vært omtalt som at kontrakten er et ”agreed document”. Innenfor denne termen ligger for det første at kontrakten er inngått etter omfattende forhandlinger, mellom profesjonelle likeverdige parter. For det andre betyr det, i hvert fall i større grad gjelder det for området for standardkontrakter, at denne typen klausuler reflekterer en fast praksis for slike kontrakter. Og i den grad disse momentene er til stede, så bør det kreves særlig vektige argumenter for å sette denne typen klausuler tilside⁵². At misligholdet er begått ved grov uaktsomhet og forsett, er ansett å innebære såpass lite respektfull fremferd overfor medkontrahenten, at det må sies å være en urimelig tilstand at han ikke kan kunne kreve misligholdsbegrensningen satt til side.

Juridisk teori støtter opp under utgangspunktet om at ansvarsbegrensninger vil kunne tilsidesettes ved anvendelse av avtl. § 36 der misligholdet kan karakteriseres som forsettlig eller grovt uaktsomt. Hans Jacob Bull uttaler i denne forbindelse at han ikke ”tror domstolene vil finne at vilkårene for avtalesensur er til stede i kontrakter som bygger på

⁴⁹ Se ”Trans- Tind dommen” s. 433.

⁵⁰ Se ”Trans-Tind dommen” s. 434.

⁵¹ Se ”Kaiinspektørdommen” s. 630.

⁵² Knut Kaasen (2006), s. 599- 600.

gjensidighet, bortsett fra hvor tap eller skade skyldes forsett eller grov uaktsomhet fra toppledelsens side”⁵³.

3.2.3 Grov uaktsomhet som vilkår for ansvarsgjennombrudd

Utgangspunktet for vurderingen om at ansvarsbegrensningsklausuler skal settes tilside, er altså at det ved grovt uaktsomt og forsettlig mislighold helt klart og uten unntak vil foreligge en slik hensynsløs framferd i forhold til kontraktspartnerens interesser at det vil være urimelig å opprettholde ansvarsbegrensningen. At ansvarsbegrensninger i erstatningsansvaret ved forsettlig mislighold må anses som urimelig å opprettholde, er det ikke tvil om⁵⁴. Men i lys av at begrensningene er å anse som et ”agreed document”, vil det i utgangspunktet ikke være noen selvfølge at de skal settes til side på urimelighetsgrunnlag også der misligholdet er grovt uaktsomt. Spørsmålet blir derfor om også grov uaktsomhet kan føre til ansvarsgjennombrudd i disse tilfellene, er en god løsning de lege ferenda. Det foreligger en rekke reelle hensyn, både for og imot denne løsningen.

Et hensyn som er påberopt til fordel for at grov uaktsomhet skal tjene som grunnlag for ansvarsgjennombrudd, er prevensjonshensynet. Selv om prevensjonshensynet kanskje ikke er like tungtveiende som det kanskje er under for eksempel ansvarsfraskrivelser for ting- og personskader⁵⁵, så er det i alle tilfeller heller ikke ønskelig at kontrakter misligholdes. Kravene til profitt og til høyere marginer under den enkelte kontrakt kan tvinge selskaper til å ta snarveier og større risiko ved oppfyllelsen av sine kontraktsplikter. Også i de tilfeller der slik risiko tas av en kontraktspart uten et bevisst forhold til faren for at fremferden kan ende i mislighold, burde slik opptreden som kan karakteriseres som være grovt uaktsomt, ikke godtas og danne grunnlag for ansvarsgjennombrudd.

Et hensyn som trekker i den annen retning, er det faktum at det ut i fra et rent konkurransemessig synspunkt ikke er fordelaktig for en markedsaktør, på bakgrunn av hans

⁵³ Hans Jacob Bull (1988), s. 394

⁵⁴ Viggo Hagstrøm (1996) s. 479. Annerledes vurdering omkring forsettets rolle i rimelighetsvurderingen de lege ferenda har Knut Kaasen (2006) s.607 flg, se punkt 5.2.3 under.

⁵⁵ Viggo Hagstrøm (1996) s. 480- 481.

profesjonelle anseelse, å misligholde de kontraktsforhold han begir seg inn i. Altså fungerer markedet i seg selv om en preventiv faktor i kontraktsforholdet og prevensjonshensynet faller i stor grad bort som argument for en videre adgang til ansvarsgjennombrudd⁵⁶.

Et vesentlig hensyn i samme retning, er at det er klart betenkelig å likestille grov uaktsomhet og forsett ved tilsidesettelsen av ansvarsbegrensninger som er å anse som et "agreed document", idet disse to skyldformene har vesentlige forskjeller ved seg. I forhold til ansvarsskrivelser som uten unntak fritar en part for erstatning etter bakgrunnsretten, vil det ikke samsvare med den forutberegnelighet som ligger til grunn for denne typen klausuler å akseptere en såpass fleksibel rettslig standard som det "grov uaktsomhet" er, som vilkår for tilsidesettelse. Da flytter man den i utgangspunktet forutberegnelige risikoen over i en mindre forutberegnelig sfære, noe som ikke samsvarer med det partene ved avtaleinngåelsen anså å være en rimelig risikofordeling seg i mellom⁵⁷. Dette hensynet ble det bl.a. lagt vekt på i Kaiinspektørdommen under drøftelsen om ansvarsbegrensningen kunne ville kunne stå seg til tross for inspektørens grove uaktsomhet⁵⁸.

På den annen side er det et vesentlig rettteknisk argument for at også grovt uaktsomt mislighold fører til ansvarsgjennombrudd, at det på bakgrunn av bevismessige hensyn vil kunne være meget vanskelig å fastslå at det foreligger forsett ved misligholdet. I tilfeller der det ikke foreligger dokumentert informasjon om at en kontrakt er misligholdt med hensikt eller i tilfeller av sannsynlighetsforsett, vil det være nesten umulig å positivt fastslå at forsett foreligger. I slike tilfeller av skjult forsett vil man som oftest kunne si at man ihvertfall står overfor et tilfelle av grovt uaktsomt mislighold. Som Kaasen uttrykker det:

"Ønsket om å komme skjult forsett til livs kan derfor tale for å sette ansvarsbegrensningen til side også ved grov uaktsomhet. Riktignok innebærer dette bare en forskyvning av en vanskelig grense. Men det bevismessige grunnlag for å etablere forsett avviker prinsipielt fra det grunnlag man trenger for å skille mellom grov og simpel uaktsomhet.

⁵⁶ Knut Kaasen (2006) s. 604.

⁵⁷ Knut Kaasen (2006), s. 604.

⁵⁸ Rt. 1994 s. 626, på s. 630.

Forsettskriteriet krever vanskelige vurderinger av bevissthetsforestillinger. Bevisstheten blir følgelig enklere, selv om en grense også her må trekkes.”⁵⁹.

På bakgrunn av dette hensynet vil det altså være en mye mer anvendbar regel at ansvarsgjennombrudd foreligger ved både forsett og grov uaktsomhet.

Det er, som fastlagt tidligere i oppgaven, uomtvistet at etter gjeldende rett vil ansvarsbegrensninger kunne settes til side både ved grovt uaktsomt og forsettlig mislighold av kontrakten. Bevisshensynet og prevensjonshensyn veier her tungt. Men basert på de forskjellige hensyn er det meget vanskelig å komme til en endelig stillingtagen om hva som er den rettslig sett mest hensiktsmessige hovedregelen her. Prevensjonshensynet og bevisshensynet er viktige hensyn, men det er ingen selvsagt konklusjon at disse skal gå foran partenes avtalefrihet – ikke minst der avtalen kan anses som et ”agreed document”⁶⁰.

⁵⁹ Knut Kaasen (2006) s. 604.

⁶⁰ Knut Kaasen (2006) s. 604.

4 Identifikasjon

En sentral del av spørsmålet om ansvarsgjennombrudd, relaterer seg til spørsmålet om hvem som må ha tatt de beslutninger som til slutt resulterer i et grovt uaktsomt eller forsettlig mislighold av kontrakten. Når det gjelder kontrakter inngått i næring, er kontraktene i stor grad inngått mellom juridiske personer, normalt selskaper, og ikke fysiske personer. Det er klart at en juridisk person som sådan ikke kan begå handlinger som innebærer et forsett eller et tilfelle av grov uaktsomhet. Man er i disse tilfellene nødt til å identifisere fysiske personer som står bak den grovt uaktsomme eller forsettlige opptreden, og som kan ansvarliggjøres i selskapets sted under kontrakten. Det sentrale spørsmålet etter praksis og teori, er her spørsmålet om hvilke personer som kan sies å ha en slik posisjon i selskapet at hans handlinger kan identifiseres med dette, også kalt - identifikasjonsspørsmålet⁶¹.

Av hensyn til den annen part, må man i utgangspunktet kunne si at han under kontraktsforløpets normale gang har krav på at det hos medkontrahenten finnes en person med et relativt helhetlig ansvar for de kontraktsplikter som skal oppfylles. Ut i fra dette kan det slutes at i alle tilfeller så vil de vanlige beslutningstakende organer som styret og den daglige ledelse kunne identifiseres med selskapet⁶². Dette utgangspunktet er også lagt til grunn i teori og praksis⁶³. Det rettslige interessante spørsmålet som har vært diskutert, er om man kan trekke grensen for identifikasjon lenger ned i selskapshierarikiet, og i så fall hvor denne grensen skal trekkes.

Utgangspunktet er at den administrative ledelse og de sentrale beslutningstakere i et selskap eller annen juridisk person kan identifiseres med dette⁶⁴. Men det organbegrepet som må legges til grunn ved vurderingen av hvem som kan anses å høre til ledelsen i et selskap under ansvarsbegrensningsklausulene, må sies å være bredere enn dette.

Høyesterettsdom Rt. 1995 s. 209 er tatt til inntekt for en utvidelse av det generelle

⁶¹ Knut Kaasen (2006), s. 605 og Viggo Hagstrøm (1996) s. 508.

⁶² Knut Kaasen (2006), s. 605.

⁶³ Viggo Hagstrøm (1996), s. 507 flg.

⁶⁴ Knut Kaasen (2006), s. 605- 606.

organbegrepet⁶⁵. Dommen gjaldt et erstatningskrav for ikke-økonomisk tap mot en kommune som på feilaktig grunnlag hadde fratatt en far samværsrett med barnet sitt. Høyesterett ga ikke medhold i erstatningskravet. Men retten la til grunn en bred forståelse av organansvaret idet den fastslo, på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene⁶⁶ til skadeserstatningsloven, at både sosialsjefen og klientutvalget som hadde vært med på å fatte de feilaktige vedtakene var omfattet av kommunens organbegrep. Hagstrøm mener at dette brede synet på hvem som kan identifiseres med den aktuelle juridiske person som er fremlagt i dommen, også må gjelde for private juridiske personer. Han fremholder at ”den rettspolitiske begrunnelse for Rt. 1995 s. 209 må klarligvis være ønsket om å effektivisere erstatningsreglene ved at vidtgående delegasjon ikke skal føre til ansvarspulverisering, og middelet er å etablere flere nivåer for hva som kan regnes som organer”...”I stedet for å legge til grunn den hierarkiske plassering, bygger dommen på en funksjonell betraktning: Det avgjørende kriterium er hvem som faktisk utøver ”den øverste myndighet” på vedkommende felt”⁶⁷.

Kaiinspektørdommen er det fremste prejudikat i forhold til kontraktrettslig identifikasjon ved ansvarsgjennombrudd i kontrakt, og den støtter opp under det i utgangspunktet utvidede organbegrepet som forutsatt i Rt. 1995 s. 209. I saken påsto oppdragsgiverens forsikringsselskap at de hadde regressrett for tapet i forbindelse med skadene på papirrullene mot speditøren. For dette anførte de at den avtalte ansvarsbegrensningen i speditørkontrakten likevel ikke ville gjelde. Begrunnelsen for dette mente forsikringsselskapet, var at speditørens kaiinspektør hadde utvist grov uaktsomhet ved lossing av papirrullene. Dette var den saksøkte ikke uenig i⁶⁸. Det springende og avgjørende punkt i denne saken ble derfor om den avtalte ansvarsfraskrivelsen kunne gjelde den ansattes grove uaktsomhet. Førstvoterende uttalte at han ikke kunne ”se at kaiinspektørens arbeidsoppgaver i spedisjonsbedriften var av en slik art at han i forhold til

⁶⁵ Viggo Hagstrøm (1996) s. 508 flg.

⁶⁶ Ot.prp.nr.48 for 1965-66, side 64.

⁶⁷ Viggo Hagstrøm (1996), s. 510.

⁶⁸ Rt. 1994 s.626 ”Kaiinspektørdommen”, s. 629.

ansvarsspørsmålet må anses å inngå som en del av spedisjonsbedriftens ledelse”⁶⁹ og saksøker kunne derfor ikke få medhold.

Selv om Kaiinspektørdommen utvetydig fastslår at bedriftens ledelse vil kunne identifiseres med selskapet gjennom deres handlinger, står det igjen en viss usikkerhet vedrørende den nedre grensen for identifikasjonen. For av førstvoterendes uttalelse kan man slutte at kaiinspektøren kunne ha blitt identifisert med selskapet dersom de arbeidsoppgaver han var gitt tilsa det. Imidlertid er det vanskelig å trekke ut en regel om når arbeidsoppgavene blir ansvarstygende nok til å medføre identifikasjon med selskapet. Det er denne nedre gresedragningen for når den aktuelle ansattes ansvar i selskapet kan medføre identifikasjon, som er den sentrale ved identifikasjonsspørsmålet.

I voldgiftsdommen publisert i ND 1988 s. 263 (”Mørland 7”- dommen), konkluderte retten med at en underordnet var å anse som del av det skadevoldende selskapets ledelse. Dommen gjaldt en tvist angående en ansvarsfraskrivelsesklausul i en certepartikontrakt. Lekteren ”Mørland 7” fikk store skader da fire pæler til bruk i installasjonen av en oljeplattform på nederlandsk kontinentalsokkel skulle løftes av skipet for installasjon. Det var inngått en såkalt ”knock-for-knock”- klausul⁷⁰ som innebærer at eieren av lekteren i utgangspunktet måtte bære tapet etter skaden selv. Under ansvarsfraskrivelsesordningen i kontrakten var eieren av ”Mørland 7” forsikret. Tvisten gjaldt derfor assurandørens regresskrav mot befrakteren E.T.P.M. Voldgiftsretten la til grunn at ansvarsgjennombrudd i forhold til assurandørens regressfraskrivelse, ville finne sted basert på ”at sannsynligheten for skade ble vurdert som så nærliggende at man står overfor en forsettlig ofring av ”Mørland 7”’s interesser til fordel for sine egne”⁷¹. I forbindelse med spørsmålet om identifikasjon slo voldgiftsretten fast at ”dersom forsett foreligger, hvilket Voldgiftsretten finner at det gjør, så verner”...ansvarsfraskrivelsen ”ikke E.T.P.M. mot et erstatningskrav,

⁶⁹ Rt. 1994 s.626 ”Kaiinspektørdommen”, s. 630.

⁷⁰ En slik type ansvarsfordeling ved person- og tingskader finnes også i Norsk Fabrikasjonskontrakt 07 under art. 29. ”Knock for knock-klausuler innebærer at partene fraskriver hverandre alt ansvar for denne typen tap, slik at hver av partene må bære dette selv. Sammen med slike finner vi ofte avtalefestede forsikringsopplegg og regressfraskrivelser for partenes forsikringsselskaper, jf. bl.a NF 07 art. 31.

⁷¹ ND 1988 s 263 ”Mørland 7” s. 273.

dersom beslutningen om den forsettlige skadetilføyelse er truffet av person(er) på et nivå i organisasjonen som er tilstrekkelig høyt til at beslutningen kan identifiseres med ledelsen”⁷². Prosjektlederen for plattforminstallasjonen ble ansett for å ha ”tilstrekkelig høy status i E.T.P.M., ihvertfall hva dette konkrete prosjekt angår, til at identifikasjon må skje”. Voldgiftsretten uttalte videre at det faktum ”[a]t han eventuelt ikke hadde siganturrett generelt for E.T.P.M., kan ikke få betydning”. Av dommen kan man slutte at den nedre grensedragningen for identifikasjonen, i hvert fall kan legges så lavt at den omfatter ansatte som har et overordnet ansvar innenfor den avdeling eller felt de jobber under i selskapet⁷³.

Rettspraksis viser at det ikke er noen bestemt hierarkisk kvalifikasjon som kan anvendes ved identifikasjonsvurderingen. Juridisk litteratur er på samme måte i stor grad entydig om at det ikke er den ansattes konkrete stilling i selskapet som er avgjørende. Man kan med andre ord ikke uten videre anvende det selskapsrettslige organbegrep når det kommer til ansvarsgjennombrudd ved kontraktsfestede ansvarsfraskrivelser. I forhold til petroleumskontraktene⁷⁴ spesielt, uttaler Knut Kaasen om identifikasjonsspørsmålet at:

”Leverandørens styre er åpenbart ”leverandøren”, og det samme er hans administrerende direktør. Men linjen må trekkes forbi det selskapsrettslige organbegrep. Også leverandørens tekniske sjef må ofte anses som ”leverandøren” i forhold til de aktiviteter som hører under hans ansvarsområde, selv om ”kaiinspektørdommen” er et eksempel på at dette ikke kan gjelde ubetinget (inspektøren var nærmest spedisjonsfirmaets tekniske sjef). På den annen side gjelder klart nok begrensningsreglene hvis... skaden er forvoldt ved sterkt klanderverdig opptreden fra underordnede ansatte... [i]ngen av disse personene kan for dette formål anses som kontraktsparten selv. Ut over dette er grensen ikke lett å trekke. Den ansattes formelle posisjon gir et godt utgangspunkt, men er ikke avgjørende hvis den ikke følges av reell innflytelse”. Han konkluderer med at: ”[d]en organisatoriske plassering er således vesentlig, men ofte vil de konkrete omstendigheter være avgjørende”⁷⁵.

⁷² ND 1988 s 263 ”Mørlsnd 7”s. 274.

⁷³ Viggo Hagstrøm (1996) s. 507 flg.

⁷⁴ Norsk Fabrikasjonskontrakt 07 og Norsk Totalkontrakt 07.

⁷⁵ Knut Kaasen (2006), s. 605- 606.

Ser man Kaasens uttalelser i sammenheng med de overfor nevnte dommer, vil man kunne slutte et noe elastisk utgangspunktet om at vedkommende som skal identifiseres med selskapet må ha en ledende stilling eller i det minste organisatorisk ansvar for hoveddeler av driften. Dette kan imidlertid tøyes noe dersom det ansvar han er tillagt i kraft av sin stilling er avgjørende i forhold til den konkrete kontraktsforpliktelse. På den annen side må det være like klart at den ansattes organisatoriske ansvar ikke alltid vil være avgjørende. Hans stilling, for å sette det på spissen, kan være så langt ned i selskapets system at uansvarligheten bak misligholdet av kontrakten, om mulig, kan sies å ligge i å ha overlatt ansvaret for de beslutninger som til slutt ledet til mislighold til en i vedkommendes stilling.

Viggo Hagstrøms syn på identifikasjonsspørsmålet støtter helt klart opp om dette. Han stiller spørsmålet i den variant om man ikke kan oppstille et eget ”erstatningsrettslig organbegrep som avviker fra kompetansereglene for juridiske personer”⁷⁶. Etter en gjennomgang av den sentrale rettspraksis og teori konkluderer han til slutt med at:

”[s]pesiallitteraturen viser at man ikke på noe rettsområde er blitt stående ved et selskapsrettslig organbegrep, men at det med en del variasjoner legges avgjørende vekt på om vedkommende sitter med ansvaret innenfor et ikke altfor avgrenset felt. Den nærmere avgrensning i teorien varierer endel. Det interessante er ikke nøyaktig hvor grensen er blitt trukket, men at reglene om grov egenskyld lenge har vært ansett å omfatte en ikke ubetydelig del av de ”overordnede underordnede”⁷⁷.

Det er altså ut ifra den sentrale rettspraksis og juridiske litteratur klart at identifikasjonsspørsmålet ved tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i kontrakt, må avgjøres ved en konkret helhetsvurdering. Denne vurderingen må baseres på en avveining der både den beslutningstagende personens hierarkiske stilling, og den faktiske innflytelse hans stilling har over det hendelsesforløp som leder til det ansvarsutløsende misligholdet

⁷⁶ Viggo Hagstrøm (1996), s. 508

⁷⁷ Viggo Hagstrøm (1996) s. 517.

har betydning. Fra et rettspolitisk standpunkt må et slikt vidt organbegrep under identifikasjonsspørsmålet anses som ønskelig. Ved delegasjon av ansvar innad i selskaper og endring i organisasjonsstrukturen i selskaper kan ansvaret pulveriseres. På den måten kan ansvarsgjennombrudd ikke kan etableres, fordi ansvaret for det aktuelle misligholdet ligger hos en som ikke kan sies å være en del av selskapets ledelse. Slik unndragelse av erstatningsansvaret for mislighold kan ikke sies å være noe mindre kritikkverdig eller illojalt enn et grovt uaktsomt eller forsettlig kontraktbrudd i seg selv.

5 De kontraktsrettslige forsetts- og grov uaktsomhetsbegrepene

5.1 Innledende bemerkninger

Begrepene grov uaktsomhet og forsett finner man på flere områder i norsk rett. Gjennomgående er dette områder der det vil være nødvendig å fastslå hvilken skyldgrad som ligger bak en handling, for at forhåndsbestemte rettsvirkninger skal komme til anvendelse. Begrepene dukker i stor grad opp på områder som strafferetten og erstatnings- og forsikringsretten. På privatrettens område oppstår begrepene innenfor culpanormen. Innenfor denne sondres det mellom simpel og grov uaktsomhet og forsett.

I det følgende vil jeg gjøre rede for hva rettspraksis og teori har lagt i forsetts- og grov uaktsomhetsbegrepene som vil være relevant i forhold til anvendelsen av de samme begrepene på ansvarsgjennombrudd ved mislighold av kontrakt.

5.2 Innholdet av det kontraktsrettslige forsettsbegrep

Spørsmålet som skal drøftes i det følgende er hva som ligger i begrepet ”forsett”, når dette anvendes som vilkår for ansvarsgjennombrudd i kontrakter mellom næringsdrivende.

5.2.1 Det allmenne forsett

”Forsett” er et begrep som vekker mange assosiasjoner uavhengig av hvilket livsområde man befinner seg på og bruker begrepet innenfor. Det er uten tvil et negativt ladet ord, men rent språklig betyr ikke et forsett nødvendigvis noe negativt. Forsett innebærer i utgangspunktet en handling eller unnlatelse som er gjennomført med hensikt for å oppnå et ønsket resultat, eller et resultat som i det minste med sannsynlighetsovervekt vil inntre. Man kan i så måte gjerne snakke om en moralsk eller i det minste ikke kritikkverdig, men likevel forsettlig handling⁷⁸. Men når man kommer til mislighold av kontrakter, og

⁷⁸ I ”Mørland 7”- dommen kommenterte voldgiftsretten spesifikt at den under omstendighetene ikke fant noe ”klanderverdig ved at denne beslutning ble truffet. Tvert imot fremstår beslutningen, basert på vitneforklaringene, som objektivt forsvarlig” når den omtalte den forsettlige skadeforvoldelsen, s. 273- 274.

forsettlig mislighold som sådan, er vi innenfor det sjiktet av handlinger som normalt sett ikke bifalles.

Forsettsbegrepet var som i utgangspunktet et strafferettslig begrep⁷⁹. Og innenfor strafferetten har det også blitt utviklet nyanser i hva som ligger i et forsett og grader av forsettets styrke. De vanlige sondringer er hensikt, sannsynlighetsforsett og dolus eventualis⁸⁰, og innenfor den siste kategorien sondrer man igjen mellom den hypotetiske innvilgelsesteori og den positive innvilgelsesteori⁸¹. Innen formuesretten har en slik gradmessig inndeling av forsettet i stor grad ikke vært funnet å være nødvendig. Dette er mye på grunn av den forskjellen i både lovfesting og sanksjoner som de strafferettslige kravene til skyld representerer. F.eks. vil man kunne finne at en svakere form for forsett i en straffesak representerer en formildende omstendighet i strafferetten, mens det i kontraktsretten ikke vil ha noen rettslig betydning å operere med et slikt skille i de tilfellene forsett representerer et vilkår for anvendelse av en beføyelse. Ved mislighold av kontrakt må, i sammenligning med strafferettslig terminologi, sannsynlighetsforsettet være det laveste nivået av forsett det er hensiktsmessig å operere med. Ettersom dette byr på problemer ved den praktiske anvendelse pga. bevisproblematikk⁸².

I det følgende skal det fastlegges hvilke elementer et mislighold av en kontraktsfestet plikt må inneholde for at man skal kunne karakterisere det som forsettlig. Ved fastleggelsen av dette kontraktsrettslige forsettsbegrep er det mer fruktbart å se hen til andre privatrettslige områder og da spesielt erstatningsretten enn til strafferetten, ettersom grunnvilkårene for erstatning er mer eller mindre identiske med de vi finner i kontraktsretten⁸³.

⁷⁹ I den nye Lov om straff (straffeloven) av 20 mai 2005 nr. 28 er det for første gang lovfestet en regel angående hva det strafferettslige forsett innebærer, jf § 22.

⁸⁰ Viggo Hagstrøm (1996), s. 462.

⁸¹ Johs. Andenæs (2004), s. 235- 236.

⁸² Jfr. punkt 5.2.3.1 nedenfor.

⁸³ Jfr. punkt 2 ovenfor.

5.2.2 Det kontraktsrettslige forsett

Dersom det er på det rene at det foreligger grov egenskyld i form av forsett ved mislighold av en kontraktsplikt, så vil en vurdering av om dette er noe man under profesjonell styring burde unngått eller skulle vurdert på en annen måte være irrelevant. Vurderingen av hva som ligger innenfor det kontraktsrettslige forsettsbegrepet vil i hovedsak dreie seg rundt hvilke forhold det enkelte forsettlige mislighold konkret forholder seg til. Dersom en kontrakt blir brutt med rettet vilje og hensikt så foreligger det uten tvil en forsettlig handling. Men det er likevel nødvendig å redegjøre for noen hovedtrekk eller markører ved hva som anses å utgjøre et forsettlig mislighold. Spørsmålet i det følgende blir derfor hva som ligger innenfor det kontraktsrettslige forsettsbegrep i tilfeller der ansvarsgjennombrudd er aktuelt.

Forsettet må for det første ha adekvat årsakssammenheng med de forhold ved kontraktsbruddet som gjør at ansvarsbegrensningen i utgangspunktet ville slått inn. Altså må det økonomiske tapet være en påviselig følge av den forsinkelsen eller mangelen kontraktsbruddet innebærer⁸⁴.

Hva innholdet av det kontraktsrettslige forsettsbegrepet ved ansvarsgjennombrudd innebærer kan illustreres godt ved hjelp av voldgiftspraksis.. Den mest sentrale avgjørelsen er den tidligere nevnte ”Mørland 7”-dommen⁸⁵. I dommen kom voldgiftsretten frem til at det forelå en forsettlig skadeforvoldelse som førte til det økonomiske tapet eierne av lekteren led. Det var i saken også enighet mellom partene at den tilstedeværende ledelsen i E.T.M.P. hadde handlet forsettlig ved skadeforvoldelsen. I forhold til dette kommenterte voldgiftsretten at ”[m]an står således overfor situasjonen at det var en bevisst handling fra E.T.M.P.’s folks side om at det var bedre- hvis de iaktatte forholdsregler skulle vise seg utilstrekkelige – at ”Mørland 7” ble påført skader, enn at man utsatte de større verdier som sto på spill for fare”⁸⁶. Her står man overfor en situasjon der det i grunnen ikke ligger noe

⁸⁴ Knut Kaasen (2005) s. 607.

⁸⁵ ND 1988 s. 263.

⁸⁶ ”Mørland 7”-dommen s. 273.

ondsinnhet bak forsett, men at handlingene blir stemplet som forsettlige fordi de var gjennomtenkte handlinger gjennomført med hensikt om å spare sine egne verdier for skade. Retten bemerket videre at "Basert på forklaringene, legger Voldgiftsretten til grunn at sannsynligheten for skade ble vurdert som så nærliggende at man står overfor en forsettlig ofring av "Mørland 7"'s interesser til fordel for sine egne"⁸⁷. Voldgiftsretten kan ikke se denne situasjon som prinsipielt forskjellig fra det tilfellet at E.T.M.P, for å hindre skader på "DLB 1601"(oljeriggen) i en uværssituasjon, bevisst hadde kappet trossene til "Mørland 7" og latt denne seile sin egen sjø". I begge tilfeller dreier det seg om bevisst oppofrelse av en kontraktparts gjenstand for å tjene egne interesser"⁸⁸. Voldgiftsretten går her rett i kjernen av hva et kontraktsrettslig forsett innebærer, og dette vil i like stor grad gjelde i et tilfelle av forsettlig mislighold av kontrakt, som i "Mørland 7"-tilfellet som der det gjaldt en begrensning i erstatningsansvaret for tingskade.

I "Trans Tind"- dommen⁸⁹ drøftet voldgiftsdomstolen spørsmålet om hva som ligger i et kontraktsrettslig forsett. Under denne dommen var drøftelsen, begrenset til meget konkret vurdering av foreliggende tilfelle. Retten uttalte at "[h]vis bedriftsledelsen på ett eller flere punkter har satt seg utover de regler som gjelder for påføring av coatingen, og som ledelsen plikter å følge, foreligger det et forsettlig kontraktsbrudd fra ledelsens side"⁹⁰. Her ordlegger ikke voldgiftsretten seg på samme måte som i "Mørland 7"-dommen, altså ut i fra et interesse-perspektiv. Og dette interessse-perspektivet kan anvendes også på "Trans Tind" tilfellet. Man kan se det slik at verftet satte sine interesser ut over rederiets interesser i den forstand at verftet sparte tid og penger på å ikke organisere seg på en slik måte at de sikret at prosedyrene for påføring ble gjennomført korrekt. Mens rederiets interesser her var selvsagt å få oppfylt korrekt etter kontrakten slik at kjemikalietankene kunne brukes som forutsatt.

⁸⁷ Min utheving.

⁸⁸ "Mørland 7"-dommen s. 273.

⁸⁹ ND 1984 s. 404.

⁹⁰ "Trans Tind"-dommen s. 433

I de to nevnte dommene ser man at forsett blir ansett å foreligge i kontraktsrettslig forstand i tilfeller der ledelsen hos en av kontraktspartene på et eller annet vis bevisst setter seg utover de tiltak og prosedyrer som ville, om de ble gjennomført, tjene den andre parts interesser. I ”Mørland 7”- dommen blir det sagt at forsettet innebærer at man setter motpartens interesser til side for å tjene sine egne interesser. Det er vanskelig å generelt angi hva disse egne interessene for den som bryter kontrakten må bestå i. Men om disse interessene enten består i å bryte en kontrakt på grunn av f.eks. økte råvarepriser for hindre eget tap under kontrakten eller andre rasjonelle grunner, eller om det skyldes ren hensynsløshet eller ondskapsfull skadefryd spiller ingen rolle. Det ligger i alle tilfelle innenfor hva man kan anse for å være denne partens egne interesser. I det øyeblikk en kontrakt brytes i den hensikt å tjene disse interessene setter man seg i all tilfelle utover den annen parts interesser, som først og fremst er å få oppfylt kontrakten. Dermed kan det fastslås at det foreligger et forsettlig kontraktsbrudd. Gjelder det så en ansvarsbegrensning med hensyn til mislighold i en slik situasjon, må den settes til side og bakgrunnsretten kommer til anvendelse.

5.2.3 Forsett med hensyn til følgen.

Under erstatning for forsettlig kontraktsbrudd på grunn av tilsidesettelse av en ansvarsbegrensning har det mest sentrale spørsmålet vært om det er tilstrekkelig at bare selve misligholdet er forsettlig, eller om forsettet også må omfatte følgene av kontraktsbruddet- det økonomiske tapet⁹¹. Når det snakkes om at forsettet også må omfatte den økonomiske følgen, så betyr dette ikke at skylden i forhold til det økonomiske tapet også må være forsettlig. Det er tilstrekkelig at skylden med hensyn til følgen kan karakteriseres som grovt uaktsom.

I ”Trans-Tind”- dommen⁹² var dette sentralt ved spørsmålet om tilsidesettelse av ansvarsbegrensningene i kontrakten. Voldgiftsretten henviser til teoretiske uttalelser fra

⁹¹ Knut Kaasen (2006), s. 607, og Viggo Hagstrøm (1996) s. 491 flg.

⁹² ND 1984 s. 404.

Augdahl, Lund Jr. og Brunsvig. Og den bifaller Brunsvigs⁹³ uttalelser om at det må foreligge skyld i forhold til det tapet som påføres medkontrahenten. Retten uttaler i forbindelse med spørsmålet om forsett at: ”Ledelsen kan imidlertid ha gått ut i fra at bruddet på reglene ikke ville få noen uheldige følger for det endelige resultat. Bare hvor denne vurderingen kan sies å være grovt uaktsomt, bør ansvarsbegrensningen kunne brytes. Det det må reageres mot, er ikke det formelle kontraktsbrudd, men handlinger som kan skade medkontrahenten og som av den grunn må karakteriseres som grovt uaktsomme”⁹⁴. Voldgiftsretten legger her altså vekt på at det er selve den skylden som er rettet mot det økonomiske tapet som skal være sentralt for vurderingen når det kommer til om ansvarsgjennombrudd skal finne sted i det enkelte tilfellet.

Voldgiftsretten i Trans-Tind dommen påpeker altså at Per Augdahl og Ole Lund Jr. virker å ha inntatt det annet standpunkt, nemlig at det er tilstrekkelig at misligholdet av kontrakten isolert sett er begått forsettlig eller grovt uaktsomt. Augdahl for sin del uttaler ikke dette konkret, men det kan utledes av hans begrunnelse for hvorfor ansvarsfraskrivelser for forsettlig og grovt uaktsomt mislighold bør settes tilside. Det sentrale ved hans begrunnelse om hvorfor tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger ved grovt uaktsomt eller forsettlig kontraktsbrudd skal finne sted, eller da hvorfor fraskrivelsen ”må ansees som stridende mot ærbarhet”(les: vurdering etter NL 5-1-2), er ”p.g.a. den fristelse til utilbørlig atferd in contractu som den innebærer”⁹⁵. Altså legger han ikke vekt på den misligholdende parts forsett i forhold til hvilke tap den annen part vil påføres som følge av et kontraktsbrudd, men selve den misligholdsrettede atferden som kan oppstå innenfor kontraktens egne rammer. Ole Lund Jr. behandler ikke denne problemstillingen ved sin redegjørelse av forsettet som vilkår for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger. Han slår kun entydig fast at det er klart ”at domstolene med hjemmel i NL 5-1-2 har nektet å godta ansvarsfraskrivelser som skulle dekke eget forsettlig kontraktsbrudd”⁹⁶.

⁹³ ”Trans Tind-dommen” s. 433.

⁹⁴ ”Trans Tind-dommen”, s. 433.

⁹⁵ Per Augdahl (1978) s. 293.

⁹⁶ Ole lund jr. (1964), s. 68.

Kaasen inntar for sin del, og konkret i forhold til petroleumskontraktene⁹⁷, en mer pragmatisk holdning til spørsmålet. I likhet med voldgiftsretten i Trans-Tind dommen deler Kaasen synspunktet om at det ikke er tilstrekkelig at selve misligholdet er forsettlig, men at det er den bevisste tilsidesettelsen av motpartens interesser som er kjernen i forsettsbegrepet vi opererer med ved urimelighetsvurderingen. Han viser til at det har blitt formulert generelle ”sentenser i retning av at ”man kan ikke fraskrive seg ansvaret for forsettlig mislighold””⁹⁸, og at slike i sin tur uansett krever en vurdering av om det er skylden kun ved kontraktsbruddet eller også skylden i forbindelse med medkontrahentens påfølgende tap som krever forsett. Han fremholder i forbindelse med dette at det er fornuftig å ta et lignende utgangspunkt til forsettet som man gjør ved den strafferettslige vurdering av skyldgraden. Og at det i dette henseende er ”et sentralt moment... hvorvidt handlingen eller unnlatelsen skjer bevisst, og eventuelt at det foreligger bevissthet med m.h.t. dens konsekvenser for motparten”. Dette sier han på den bakgrunn at han mener at forsettsbegrepet tidligere ikke har blitt tildelt den rolle det burde ha, i vurderingen om opprettholdelsen av ansvarsbegrensningen er urimelig eller ikke. Kaasen nyanserer dette med å fremholde at det viktige for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger, ikke er selve bevisstheten om at misligholdet av kontrakten vil ha økonomiske konsekvenser for den annen part, og eventuelt hvilke tap dette spesifikt vil være. Han fremholder derimot at den vurderingen som gjøres ved det forsettlige misligholdet av kontraktsplikten er av en slik art at den innebærer at parten på ”kvalifisert klanderverdig måte setter sine interesser over medkontrahentens”. Kaasens standpunkt innebærer en eliminasjon av spørsmålet om at forsettlig mislighold må omfatte også forsett i forhold til den annen parts økonomiske tap. Og vurderingen om ansvarsgjennombrudd skal skje vil da ikke lenger bero på om man isolert sett kan stemple den misligholdende parts vurdering av det økonomiske tapet som forsettlig, eller grovt uaktsom, men det ”avgjørende vil være om den er ”hensynsløs”, ”sterkt illojal” eller lignende”⁹⁹.

⁹⁷ NF 07 og NTK 07 (se fotnote 71 ovenfor).

⁹⁸ Knut Kaasen (2006), s. 607.

⁹⁹ Knut Kaasen (2006), s. 608 flg.

Til støtte for dette synspunktet kan trekkes frem betraktninger av Kai Krüger. Han fremholder om utgangspunktet at: ”[p]rinsippet om at kontrakten – eller deler av den- viker ved forsettlig mislighold forutsetter enten at partene ikke står fritt i å kontrahere og [har]¹⁰⁰ handlefrihet – eller et skille mellom kontraktens primærplikter og misligholdsklausulene. Den første gjør forsettsterminologien tvilsom- den annen er rettspolitisk høyst diskutabel¹⁰¹”. Og han fremhever at det ”[o]gså på dette område vil forsettsbegrepet og de kategoriske maksimer man har utviklet omkring det forsettlige mislighold tilsløre den reelle og relevante argumentasjon. Det er nemlig ikke på noen måte gitt at ethvert moment av bevisst adferd fra yderens side skal torpedere den klausul det er tale om”¹⁰².

5.2.3.1 Bevisproblematikk ved krav om forsett m.h.t. følgen

Et tungtveiende argument for at det ikke er hensiktsmessig å operere med et forsettskrav med hensyn til følgen av misligholdet er, som under spørsmålet om grov uaktsomhet burde være et grunnlag for ansvarsgjennombrudd¹⁰³, den bevismessige problematikken som kan oppstå. Det vil i mange tilfeller være relativt vanskelig å bevismessig etablere at selskapets ledelse forsettlig har vurdert følgene av misligholdet til å dekke alle de tap det kan medføre. Det vil ofte i beste fall bli ord mot ord i slike sammenhenger. Dette er det tatt hensyn til ved f.eks. lovfesting av selgers ansvar for mangler i kjøpsloven. I kjøpslovens¹⁰⁴ § 17(2) litra b og i § 19(1) litra b, blir selger ansvarlig i tilfeller der han ”måtte være kjent med” og ”måtte kjenne til” i forhold til det formål varen skal oppfylle. Dette er bevislempningsregler som er tatt inn i loven for å styrke kjøpers stilling i tilfeller der det foreligger mangler på varen. Det følger av forarbeidene til loven at ”[u]ttrykket « måtte være kjent med » innebærer at det ikke må foreligge noen rimelig unnskyldning for selgerens uvitenhet om det spesielle formålet”¹⁰⁵. Det fingeres altså skyld for at kjøper ikke skal miste sin rett til å anvende de alminnelige kontraktsrettslige beføyelser pga. bevismessige spørsmål.

¹⁰⁰ Min korreksjon.

¹⁰¹ Kai Krüger (1968), s. 69.

¹⁰² Kai Krüger (1968) s. 71.

¹⁰³ Se punkt 3.2.3 ovenfor.

¹⁰⁴ Lov av 13. mai 1988 nr. 27.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr. 80 (1986- 87) s. 59, og Viggo Hagstrøm (1996) s. 494.

Voldgiftsretten i ”Trans-Tind”- dommen foretar den samme øvelsen når de behandler spørsmålet om forsett med hensyn til følgen. De godtar ikke bare forsett ved følgen som grunnlag for tilsidesettelse, men også grov uaktsomhet ved følgen¹⁰⁶. Og i likhet med Kaasen, mener voldgiftsretten at det ”er ikke det formelle kontraktsbrudd” det må reageres mot, ”men handlinger som kan skade medkontrahenten”. Man nyanserer altså, og senker kravet fra at forsett skal omfatte følgen, til at det må omfatte følgen men slik at det er tilstrekkelig at skyldgraden som kreves er grov uaktsomhet. Da unngår man også bevisproblematikken rundt dette spørsmålet. Hagstrøm stiller seg bak løsningen i ”Trans-Tind”- dommen og mener at dette er en ”akseptabel regel for innholdet av forsett: Siden forsett dreier seg om bevissthetsforestillinger, ville et krav om sannsynlighetsforsett med hensyn til følgen være helt upraktikabelt, idet parten lett måtte frifinnes ved påstander om ikke å ha holdt følgene som sikre eller overveiende sannsynlige”¹⁰⁷.

Denne regelen om at det er tilstrekkelig med grov uaktsomhet ved følgen, synes i utgangspunktet å være et godt utgangspunkt for vurderingen av hva som skal være forsettets innhold. Kaasen påpeker som nevnt over at det i forhold til tilfeller av mislighold av kontrakt i forsettstilfellene ikke er like passende med ”forsett” som utløsende faktor for ansvarsgjennombrudd¹⁰⁸. Ved rene økonomiske tap så bør det være klanderverdigheten ved misligholdet som skal være det avgjørende målet for om det bør foreligge gjennombrudd eller ikke. Og dette kan sies å gjelde kanskje enda sterkere med hensyn til følgen. Det klare utgangspunktet er jo at ansvarsbegrensningen er avtalt og skal opprettholdes selv ved et mislighold, og at det kun er i særtilfeller at gjennombrudd skal forekomme.

Som nevnt innledningsvis, behøver ikke et forsettlig mislighold å innebære noe ønske om å la kontraktsmotparten bli skadelidende på grunn av misligholdet. Spørsmålet blir om det er urimelig å opprettholde ansvarsbegrensningen i tilfeller der det foreligger forsett eller grov uaktsomhet med hensyn til følgen, men det ikke kan sies å foreligge noe egentlig ”illojalt”

¹⁰⁶ På s. 433, se sitat ovenfor under punkt 5.2.3.

¹⁰⁷ Viggo Hagstrøm (1996), s. 492- 493.

¹⁰⁸ Knut Kaasen (2006), s. 609.

eller ”hensynsløst” ved kontraktpartens fremferd. Man vil med en slik skjønnsmessig vurdering også bli kvitt den bevisproblematikken som forsettsbegrepet skaper.

5.2.3.2 Omsorgs- og resultatforpliktelser

Til tross for at det i forhold til bevisspørsmålet kan virke som en god løsning å legge vekt på selve illojaliteten i forsettet, så må man se litt bredere på denne vurderingen. Til fordel for et mer formalistisk forsettsbegrep, altså å ikke stille noe krav til skylden med hensyn til følgen, taler at forsettsbegrepet ikke ville favne om de tilfellene der kontraktsbruddet er en gjennomtenkt målrettet handling fra ledelsens side, også uten at det tapet den annen part blir påført er en del av den kalkulerende vurderingen ved misligholdet. At slike tilfeller ikke faller inn under det som anses som forsett i forhold til vurderingen ved ansvarsgjennombrudd, kan i seg selv sies å være lite rimelig¹⁰⁹.

For å kaste lys over de tilfeller der forsett med hensyn til følgen i mindre grad vil være tilstede, vil det være hensiktsmessig å skille mellom typer av kontraktsforpliktelser. En hovedsondring mellom typer av kontraktsforpliktelser er skillet mellom de utpregete innsats- eller omsorgsforpliktelser og de plikter som tenderer sterkest mot resultatforpliktelser¹¹⁰.

Typiske tilfeller av innsatsforpliktelser er rådgivningstjenester eller lignende omsorgsforpliktelser der resultatet ikke er en kontraktsbestemt størrelse, men forpliktelsen består i å yte det som etter kontrakten må anses som en forsvarlig faglig innsats, hvis resultat vil avhenge av de øvrige omstendighetene rundt det som skal ytes¹¹¹. Det er f.eks. på det rene at man ikke kan forplikte en advokat til å vinne frem med klientens sak i retten¹¹², men man må kunne anklage ham for forsettlig kontraktsbrudd dersom han med rettet vilje ikke legger inn den innsatsen som kreves for å representere klienten på best

¹⁰⁹ Viggo Hagstrøm (1996), s. 495

¹¹⁰ Viggo Hagstrøm (1996) s. 493. tfr

¹¹¹ Viggo Hagstrøm (2003) s. 115 flg.

¹¹² Selv om såkalte ”no cure no pay”- avtaler kan virke å ha et slikt element, men under disse er det resultatet som er i fokus.

mulig måte. Ved denne typen forpliktelser vil et tap som oppstår hos den annen part ofte kunne virke mer avledet fra et eventuelt kontraktsbrudd enn ved de typiske resultatforpliktelser. Man kan i mange tilfeller ikke i det hele tatt kunne påvise en årsakssammenheng mellom et tap kontraktsparten har som følge av et mislighold og selve misligholdet av kontraktsplikten. Å kreve forsett med hensyn til følgen blir derfor en meningsløs regel ved disse pliktene. Det må likevel være riktig at også forsettlig mislighold av denne typen kontraktsforpliktelser fortjener å stemples som forsettlige¹¹³. Ettersom et forsettlig mislighold av slike plikter i like stor grad representerer en prioritering av egne interesser fremfor kontraktsmotpartens, som det et forsettlig mislighold av resultatforpliktelsene gjør.

Resultatforpliktelsene består på den annen side i kontraktsplikter med et klarere bilde av varen eller tjenesten som helt konkret skal leveres etter kontrakten, man har avtalt et bestemt resultat som skal nås. Etter denne kategorien forpliktelser vil man som hovedregel i større grad kunne anslå hva de økonomiske konsekvensene av et mislighold vil være. Det vil i større grad foreligge en mer direkte årsakssammenheng mellom misligholdet og tapet i slike tilfeller. Dette gjelder for eksempel for hovedforpliktelsene etter utpregete entreprisekontrakter der hovedforpliktelsene er typiske resultatforpliktelser, og hvor tapt produksjon, tapte utleieinntekter eller tap i forbindelse overtredelse av tidsplaner på andre prosjekter vil være nærliggende konsekvenser av et mislighold for kjøper, byggherre, leverandør m.v. I slike tilfeller kan man i større grad forsvare å operere med et krav om forsett med hensyn til følgen. Selv om man kategorisk kan dele innsats- og resultatforpliktelser opp i to grupper, så er imidlertid disse begrepene kun ytterpunktene. Resultatforpliktelser kan til en viss grad tendere mot innsatsforpliktelser og omvendt. En markør i så måte vil ofte være hvor detaljert reguleringen av arbeidet er. Om et firma for eksempel får en entreprisekontrakt, vil man i utgangspunktet si at man står overfor en resultatforpliktelse for byggingen av et anlegg. Men dersom oppdragsgiveren står for prosjektering, alle materialer og detaljerte konstruksjons- og arbeidsbeskrivelser, så vil forpliktelsen tendere lenger mot en innsatsforpliktelse, hvis entreprenøren selv sto for dette.

¹¹³ Viggo Hagstrøm (1996), s. 495.

Årsakssammenhengen mellom et eventuelt mislighold og et påfølgende tap i en slik situasjon vil kunne bli vanskeligere å se¹¹⁴. Av den grunn vil det nødvendigvis ikke være hensiktsmessig å kreve forsett med hensyn til følgen, i hvert fall ikke på bakgrunn av denne sontringen mellom forpliktelsene. Og holde seg til den sikre hovedregel om at det er tilstrekkelig at selve kontraktsplikten misligholdes forsettlig.

5.2.3.3 Unnlatelser og tilsidesettelse av prosedyrer under kontrakten

Ved diskusjonen om forsettet må omfatte følgen eller ikke kan det virke tildels abstrakt å snakke om illojalitet, hensynsløshet eller skillet mellom typer av kontraktsforpliktelser. Isteden kan det være tjenlig å sette opp noen hovedkategorier av misligholdstilfeller som kan virke som et utgangspunkt for en vurdering av det enkelte tilfelle, og om fremtreden fremstår som tilstrekkelig til å konstatere forsett, også uten å ta hensyn til om det skal omfatte følgen¹¹⁵.

En hovedkategori av tilfeller, er der den ene parten av hensyn til egne økonomiske årsaker ikke oppfyller korrekt ved å unnlate å gjennomføre sentrale hovedtrekk ved den aktuelle plikten. Det kan i det enkelte tilfellet godt tenkes at ledelsen i det ene partsselskapet har store forhåpninger om at den måten de har valgt å løse gjennomføringen av en plikt på vil vise seg å være like god som den avtalte. Men det er klart at der slike enten tidsmessige eller økonomiske ”snarveier”, ender opp i en mangel eller en forsinkelse, så må det anses som et forsettlig kontraktsbrudd. Eksempelvis vil et verft uten tvil forsettlig ha satt tilside forsenderens interesser, idet han endrer den på forhånd avtalte leveringsrekkefølgen for de plattform-modulene han skal levere, fordi han får et hastetillegg på en senere bestilling. Han har kanskje et berettiget håp om likevel å ferdigstille den første bestillingen i tide, og har av den grunn ikke tenkt på at endringen kan ende med et økonomisk tap for forsenderen. Forsinkelsen resulterer likevel i et forsettlig mislighold av kontrakten.

¹¹⁴ Viggo Hagstrøm (1996), s. 493- 494.

¹¹⁵ Viggo Hagstrøm (1996), s. 495 flg.

En annen kategori av mislighold som må kategoriseres som forsettlig kontraktsbrudd, er tilfeller der en mangel eller en forsinkelse oppstår som en konsekvens av den ene parts manglende gjennomføring av kvalitetssikrings- og sikkerhetsprosedyrer som skal finne sted under kontrakten. Det kan dreie seg om å etterkontrollere deler av en konstruksjon for å forsikre seg om at det ikke er feil og mangler ved den. Eller det kan være snakk om offentlig pålagte sikkerhetstiltak som i tilfelle av overskridelse kan føre til ting-, person- eller miljøskader, som igjen vil kunne føre til forsinket levering under kontrakten. Om slike prosedyrer blir ignorert fordi ledelsen synes at det ikke er behov for det i det enkelte tilfellet eller de ikke er gjennomført av økonomiske årsaker, så er det i disse tilfellene snakk om forsettlig mislighold av kontrakten. Gjennomtenkt uteblivelse av slike tiltak er i alle tilfeller å betegne som en bevisst tilsidesettelse av den annen parts sentrale interesser etter kontrakten, selv om ledelsen er i god tro og håp om at alt vil gå i orden også uten gjennomføringen av slike rutiner og prosedyrer. Også de tilfellene der ledelsen bevisst ikke organiserer gode nok tiltak for å sikre at disse prosedyrene er på plass må anses som forsettlig tilsidesettelse¹¹⁶. Et eksempel kan hentes direkte fra Trans-Tind dommen, hvor verftet her feilet i å bruke korrekt prosedyre ved påføringen av coatingen av den aktuelle tanken. Om det var for å spare tid eller penger eller begge deler, så satte de seg forsettlig utover de etter kontrakten avtalte prosedyrer for påføring av coatingen som det måtte være klart at er av vesentlig betydning for kjøper som skulle frakte kjemikalier i tankene. Slike bevisste tilsidesettelser av viktige produksjonsprosedyrer er i seg selv et mislighold i kontrakten, selv om ansvarsgjennombrudd ikke blir aktuelt før unnlatelsen av å sørge for riktig prosedyre materialiserer seg i en mangel og et økonomisk tap. I dette tilfellet ved at coatingen flaket av¹¹⁷.

Innenfor begge disse kategoriene av forsettlig mislighold må løsningen være at det forsettlig kontraktsbruddet fører til en tilsidesettelse av en eventuell ansvarsbegrensing. Kontraktsbruddet er, selv uten at forsettet omfatter følgen, klanderverdig nok til at den

¹¹⁶ Viggo Hagstrøm (1996), s. 496- 497.

¹¹⁷ ND 1984 s. 404 på s. 416 og 432 flg.

misligholdende part er nødt til å svare for den risikoen for tap han har skapt, selv i tilfeller han ikke har vært den bevisst overhodet¹¹⁸.

5.2.4 Oppsummering av forsett

Forsettsbegrepet under tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i kontrakter mellom profesjonelle parter består altså i en helhetsvurdering av partens opptreden, der forsett kan sies å foreligge i de tilfellene der den misligholdende part bryter kontrakten fordi han setter egne interesser foran den annen parts sentrale interesser etter kontrakten. Det som volder det største problemet ved fastleggelsen av forsettets innhold er altså om det også skal kreves forsett i forhold til den andre partens økonomiske tap. Dette er fortsatt et rettslig uavklart spørsmål som det vil kreve ytterligere rettspraksis rundt for å få en klarere rettstilstand.

5.3 Innholdet av det kontraktrettslige grov uaktsomhetsbegrep

Spørsmålet som skal drøftes i det følgende er hva som ligger i begrepet ”grov uaktsomhet” når denne størrelsen anvendes som vilkår for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i kontrakter mellom næringsdrivende.

Begrepet ”grov uaktsomhet” ble som forsettsbegrepet først tatt i bruk på strafferettens område som vilkår for skyld under straffedelikter. Den grove uaktsomheten er en del av uaktsomhetens sfære. Den avgrenses nedad mot den simple uaktsomhet og oppad må det avgrenses mot forsettet. Man tar ved vurderingen utgangspunkt i en aktsomhetsnorm der store avvik fra normen trekker i retning av forsett, mens mindre avvik trekker i retning av simpel uaktsomhet. Aktsomhetsnormen beror på en vurdering av hva en alminnelig aktsom person ville foretatt seg i samme situasjon. Ved redegjørelsen av innholdet i begrepet ”grov uaktsomhet”, må det tas utgangspunkt i det alminnelige uaktsomhetsbegrepet.

¹¹⁸ Viggo Hagstrøm (1996) s. 495 flg.

5.3.2 Uaktsomhet

Uaktsomhet består av to hovedelementer som må presiseres nærmere; risiko og skadevolders forhold.

5.3.2.1 Den tillatte risiko

Risiko er en av de sentrale størrelsene ved fastleggelsen av hva uaktsomhet, og i sin tur grov uaktsomhet, innebærer. Risiko er sannsynligheten for at skade, eller mislighold, inntreffer, multiplisert med det skadeomfanget som vil foreligge om den inntreffer¹¹⁹. Det er den grunnleggende risikoen som i den enkelte situasjon avgjør om man vil karakterisere en opptreden som uaktsom. Uten materialisering av risiko for at det uønskede tapet eller den skade det er fare for vil forekomme, vil uaktsomheten ikke oppstå¹²⁰. Risiko kan betraktes på den måten at den alltid er til stede i enhver situasjon, men den materialiseres ikke alltid. Det er først når den gjør det at uaktsomhetsvurderingen blir aktuell. På samme måte er det med uaktsomt mislighold av kontrakt. Det er alltid en latent fare for at man på en måte eller annen ikke vil make å oppfylle sine forpliktelser. Uaktsomheten oppstår likevel først når man skaper en situasjon der risikoen for at mislighold får lov til å materialisere seg.

Risikoens størrelse kan variere, noe som viser seg i forhold til hva som kreves for at den skal materialisere seg. En viktig del av vurderingen ved risikomomentet er den erfaringsmessige faren for at risikoen utløses og materialiserer seg i mislighold¹²¹. Dersom det svært sjelden oppstår en skadeforvoldelse eller misligholdssituasjon ved et bestemt handlingsmønster så kan dette tale for at det ikke foreligger uaktsomhet. Motsatt vil det enklere foreligge uaktsomhet der et bestemt handlingsmønster erfaringsmessig øker risikoen for kontraktsbrudd.

I forbindelse med vurderingen om den erfaringsmessige risiko, er også risikoens synbarhet eller påregnelighet et sentralt moment. Bak dette ligger det en vurdering av om skadevolder

¹¹⁹ Elin Rødder Gundersen (2000). s. 5.

¹²⁰ Nils Nygaard (1968), s. 15 flg.

¹²¹ Elin Rødder Gundersen (2000) s. 5.

burde skjønt at det i det aktuelle tilfellet forelå en risiko som var nære ved å materialisere seg. I Rt. 1997. s. 1081 (Trampttdommen) som omhandlet et erstatningskrav mot en lærer fra en elev etter ryggskade på grunn av en ulykke etter hopping på trampett i en gymtime, var påregneligheten en sentral del av uaktsomhetsvurderingen. Høyesterett fant at det forelå uaktsomhet, og slo fast i forhold til vurderingen av påregneligheten slik at risikoen for at skade skulle inntre måtte fremstå som ”forholdsvis nærliggende” for at uaktsomhet kunne anses å foreligge¹²². Dersom det ikke foreligger noen objektiv mulighet for skadevolder å forutse at den aktuelle handlingsrekken skapte risiko for skadeforvoldelse eller mislighold av kontrakt, så taler dette imot at det foreligger uaktsomhet. Et eksempel på dette fra rettspraksis finner man i Rt. 1973 s. 1364 (Ubåtdommen), der Høyesterett ikke anså mannskapet på en norsk ubåt for å ha opptrådt uaktsomt når de kjørte inn i trålen til en Nederlandsk fisker nordvest for Shetland. Mannskapet var ikke klare over at man via sonaranlegget på ubåten ikke kunne oppdage tråler og kunne derfor ikke vite at det forelå noen risiko for skadeforvoldelse. På samme måte taler det imot at det foreligger uaktsomt mislighold av kontrakt i de tilfeller kontraktsparten ikke hadde foranledning til å skjønne at hans fremferd skapte en risiko for det aktuelle misligholdet.

5.3.2.2 Skadevolders forhold

Den andre hoveddelen det må legges vekt på i uaktsomhetsvurderingen er den holdningen skadevolder utviser overfor den risikoen som foreligger i det enkelte tilfelle. Først er det her viktig å ta stilling til skadevolders tanker rundt risikoen. Har vedkommende forholdt seg passiv i en situasjon fordi han ikke forsto risikoens omfang, eller fordi han var likegyldig til om skaden inntraff eller ikke – noe som selvsagt skjerper vurderingen av skadevolderen. Dette kan medføre vanskelige bevismessige spørsmål, men det må være anledning til å se hen til de faktiske forhold og slutte ved presumsjon hva skadevolder har tenkt i den aktuelle situasjonen¹²³.

¹²² Rt. 1997 s.1081 ”Trampttdommen” på s. 1085.

¹²³ Elin Rødder Gundersen (2000), s. 7.

Særlig viktig ved denne vurderingen er hvem som handler i det enkelte tilfelle. Man må ta hensyn til skadevolders forutsetninger for å kunne ta stilling til om det foreligger en risiko. Det generelle spørsmålet vil være om det er snakk om en som er på et livsområde han er vant med og har mye erfaring fra, eller er det en som ikke har vært borti en lignende situasjon før. I ”Trampettdommen” ble det gjort en vurdering av læreren. Høyesterett la ved uaktsomhetsvurderingen til grunn om læreren at hun ”var en erfaren gymnastikklærer med solid idrettsutdanning og opplæring blant annet i bruk av trampett”¹²⁴. Og det er særlig her vurderingselementer om erfaringsgrunnlag og profesjon kommer inn som en vesentlig faktor. De konkrete kravene til profesjonsansvaret kommer jeg nærmere inn på nedenfor.

Under den generelle uaktsomhet har det også blitt sondret mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet¹²⁵. Sondringen vil kunne ha relevans for vurderingen i det henseende at skadevolders handlinger eller unnlatelser vil kunne avveies forskjellig i forhold til risikoen i de tilfeller der han visste om risikoen for mislighold og der han ikke i det hele tatt innså risikograden for dette. Den ubevisste uaktsomhet foreligger i de tilfellene der f.eks. misligholdet av kontrakten og den annen parts påfølgende tap ikke er i den misligholdende parts tanker, men misligholdet oppstår likevel som en følge av generell uforsiktighet. Den bevisste uaktsomhet finner vi i de tilfellene der vedkommende f.eks. tar en risiko som han vet kan resultere i et mislighold og et tap for den annen part, men likevel gjennomfører av håp om en ekstra gevinst eller kanskje å hente inn allerede tap tid under kontrakten. Det må ikke stilles likhetstegn mellom ubevisst uaktsomhet og simpel uaktsomhet, og bevisst uaktsomhet og grov uaktsomhet. Den bevisste uaktsomhet er ikke nødvendigvis grov, mens den grove uaktsomhet gjerne kan være ubevisst. Selv om den bevisste uaktsomhet i typetilfeller nok vil kunne fremstå som mer klanderverdig enn den ubevisste¹²⁶.

I sammenheng med skadevolders forhold, er det også viktig om han hadde handlingsalternativer til det handlingsmønsteret som materialiserte risikoen i det bestemte

¹²⁴ Rt. 1997 s. 1081 ”Trampettdommen” på s. 1085.

¹²⁵ Johs. Andenæs (2004), s. 243.

¹²⁶ Johs. Andenæs (2004), s. 244.

tilfellet¹²⁷, og om han hadde tid til og anledning til å avverge at skaden eller misligholdet oppsto¹²⁸. Vurderingen bunner ut i skadevolders reaksjon mot den aktuelle risikoen og om han har handlet slik som forventes av en alminnelig aktsom person, og om han på en eller annen måte burde avverget at misligholdet eller tapet oppsto¹²⁹. Dette har igjen en side mot vurderingen av skadevolders erfaring m.v., idet vurderingen om hvilke handlingsalternativer som er tilgjengelige vil skjerpes hos en mer erfaren person. Man vil gjerne også forvente en raskere reaksjonstid ved gjennomføringen av disse handlingsalternativene.

5.3.2.3 Profesjonsansvaret

Under kontraktsforhold inngått mellom næringsdrivende parter må man legge til grunn en vurdering av partenes profesjonelle opptreden under kontrakten når man vektlegge skadevolders egne forhold ved uaktsomhetsvurderingen¹³⁰. Høyesterett har ved behandlingen av profesjonsansvaret, som reflekterer det forventede faglige nivå på det aktuelle livsområde, lagt opp til en relativt streng linje¹³¹. I lys av det generelle culpaansvaret i norsk rett, vil profesjonsansvaret være sentralt for skyldplassering i alle tilfeller der en eller flere profesjonelle parter er involvert. Hvordan domstolene har ordlagt seg i andre tilfeller av skyldplassering enn ved tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger, vil derfor ha rettslig betydning for vurderingen også her¹³².

Sentrale prejudikater for det strenge profesjonsansvaret er Rt. 1988 s. 7 (Meglerdommen) og Rt. 1989 s. 1318 (Testamentdommen)¹³³. "Meglerdommen" gjaldt et erstatningskrav mot en eiendomsmegler fra selgeren av en fast eiendom. Bakgrunnen for erstatningskravet var den gevinstbeskatningen selgeren ble ilagt på grunn av salget. Selgeren fikk medhold i erstatningskravet i det Høyesterett enstemmig fant, på bakgrunn av uttalelser forarbeidene

¹²⁷ Nils Nygaard (1968), s. 16 flg.

¹²⁸ Peter Lødrup (2005) s.110 flg.

¹²⁹ Peter Lødrup (2005), s. 99.

¹³⁰ Viggo Hagstrøm (1996) s. 498.

¹³¹ Viggo Hagstrøm (1996) s. 498.

¹³² Slik også Rt. 1989 s. 1318 på s. 1322.

¹³³ Slik også Rt. 2000 s.679 og Rt. 2003 s.400 (Fearnleydommen).

til eiendomsmeglingsloven- NOU:1987:14, at "[e]n megler bør som "profesjonell mellommann i eiendomsomsetningen ha plikt til å gi opplysninger om faktiske og rettslige forhold som har betydning for handelen og gjennomføringen av denne""¹³⁴. Dommen legger her altså opp til et strengt, men ikke urimelig strengt krav til den profesjonelle parts faglige arbeid.

"Testamentdommen" gjaldt et regresskrav fra forsikringsselskapet til en advokat som hadde satt opp et testamente for en klient, men glemt å melde fra til testators ektefelle om at hun var utelukket fra arv. Etter den dagjeldende arvelovs¹³⁵ § 7, måtte testators ektefelle få kunnskap om arveavgrensingen for at testamentet skal være gyldig. Høyesterett kom under dissens (3-2) at advokaten hadde regressansvar. Retten uttalte om grov uaktsomhet generelt, og spesielt for advokatansvaret at "[d]et må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet. Dersom det faglige nivå hos vedkommende ikke holder mål, vil dette etter omstendighetene kunne utgjøre grov uaktsomhet. Når det gjelder en advokats kjennskap til lovstoffet, kan ikke uvitenhet om enhver rettsregel karakteriseres som grov uaktsomhet. Men dreier det seg om en regel på et sentralt område, som for eksempel familieretten eller arveretten, vil uvitenhet lett måtte betegnes som grovt uaktsom"¹³⁶.

Den samme strenge vurderingen som Høyesterett tar til orde for under disse to prejudikatene, må også anvendes under misligholdet av ethvert "agreed document" mellom to likeverdige profesjonelle parter. Ettersom det er en helhetsvurdering som skal legges til grunn, så er det klart at vurderingen må tilpasses den enkelte situasjon ut i fra livsområde og fagfelt. Men at ansvarsnormen for profesjonsansvaret settes høyt, betyr ikke at enhver feil eller feilvurdering er å anse som grov uaktsomhet. Også i den profesjonelle sfære må det tillates et visst rom for feilmargen¹³⁷. Som en parallell til "Meglerdommen" og

¹³⁴ Rt. 1988 s. 7 "Meglerdommen" på s. 12.

¹³⁵ Lov om arv m.m. av 3. mars 1972 nr.5.

¹³⁶ Rt. 1989 s. 1318 "Testamentdommen" på s. 1322.

¹³⁷ Peter Lødrup (2005) s. 132.

eksempel på et tilfelle der en meglers feil ikke ble ansett for å rammes av profesjonsansvaret kan nevnes Rt. 1995 s. 1350. I dette tilfellet ble både en eiendomsmegler og takstmann søkt erstatningsansvarlige for ikke å ha opplyst om at en hybelleilighet i det huset som ble solgt ikke var beboelig, og derfor ikke kunne leies ut som forutsatt. De ble enstemmig frifunnet for erstatningsansvar. Høyesterett uttalte at de to ikke kunne ”bebreides for en eventuell rettsvillfarelse på dette punktet. Reglene er noe perifere i forhold til de områdene eiendomsmeglere og takstmenn er ment å beherske, rettstilstanden er vanskelig å lese ut av det skrevne regelverket, og det er - som jeg har redegjort for - uenighet blant de fagkyndige på området”. Retten uttalte her også på helt generell basis at det i utgangspunktet gjelder ”et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet”¹³⁸.

5.4 Den grove uaktsomhet

Disse generelle betraktningene rundt innholdet av begrepet uaktsomhet vil selvsagt også gjelde for vurderingen av hva innholdet av grov uaktsomhetsbegrepet er, ved spørsmål om ansvarsgjennombrudd. Det er på det rene at det ved ”grov uaktsomhet” kreves noe mer enn ved ”simpel uaktsomhet”. Spørsmålet i det følgende er derfor hva det er som gjør at en uaktsom handling eller unnlatelse anses som ”grov”.

Høyesterett har på strafferettens område betegnet den grove uaktsomheten som ”en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet”¹³⁹. Og denne formuleringen har senere også blitt anvendt som en generell passus for hva som ligger i begrepet grov uaktsomhet¹⁴⁰, også i kontraktsretten¹⁴¹. Når begrepet grov uaktsomhet anvendes på så vidt forskjellige områder som disse, må man også anta at grensene for begrepet ikke er den samme innenfor de forskjellige

¹³⁸ Rt. 1995 s.1350, på s. 1356.

¹³⁹ Rt. 1970 s. 1235 og gjentatt i Rt. 1983 s. 1222 (på s. 1223).

¹⁴⁰ Jf. f.eks. Rt. 2004 s. 499 som omhandler det økonomiske ansvaret etter tyveri og misbruk av bankkort.

¹⁴¹ Viggo Hagstrøm (1996), s. 497.

rettsdisipliner. Ikke minst fordi de reaksjoner områdene fører med seg er av såpass forskjellig art. Men den grunnleggende skjønnsmessige vurderingen av de konkrete tilfellene, må likevel sies å ha en lignende struktur og argumentasjon ved seg.

Den grove uaktsomhet er i likhet med forsettet, kun resultatet av en vurdering rundt et handlingsmønster. Om man faller ned på om et mislighold av en kontrakt er å anse som grovt uaktsomt eller simpelt uaktsomt, er som ved forsettsvurderingen en helhetsvurdering av omstendighetene rundt misligholdet. Helhetsvurderingen består tildels i en avveining mellom den klanderverdige opptreden som leder til misligholdet og den objektive faren for at den klanderverdige opptreden vil resultere i kontraktsbrudd. Dersom parten kan sies å ha opptrådt særlig klanderverdig i et tilfelle, vil det kunne konstateres grov uaktsomhet selv om faren for at opptreden vil ende i mislighold og tap for den annen part kan sies å være liten. Og man må likedan kunne konstatere det motsatte, at i et tilfelle der mislighold av kontrakten lett vil kunne oppstå, vil man kunne senke kravet til at den klanderverdige fremferden skal anses som grovt uaktsom¹⁴².

Et eksempel på et tilfelle der Høyesterett finner at det foreligger grov uaktsomhet er Rt. 2004 s. 1942 (Kinaputtdommen). Saken gjaldt et forsikringsselskaps regresskrav mot et annet. Kravet hadde bakgrunn i en påstand om at to gutter, som hadde forårsaket brann på en skole ved å avfyre en kinaputt i ventilasjonssystemet, hadde opptrådt grovt uaktsomt. Høyesterett fant at de to guttene hadde opptrådt grovt uaktsomt, dette var blant annet begrunnet i at faren for brann er en risiko med såpass alvorlige konsekvenser, og denne var skapt ved en såpass unødvendig handling¹⁴³. I forhold til den grove uaktsomheten uttaler førstvoterende at "[n]år A deretter, som en veloverveid hærverkshandling, låser fast og avfyrer en kinaputt inntil husveggen og nær ventilen, var dette etter mitt syn et så markert og klanderverdig fravik fra en forsvarlig handlemåte at det - selv når det tas hensyn til hans unge alder - må karakteriseres som grovt uaktsomt i forhold til risikoen for brann"¹⁴⁴.

¹⁴² Cornelius Sogn Ness (2005), s. 98.

¹⁴³ Rt. 2004 s. 1942 "Kinaputtdommen" under punkt 34.

¹⁴⁴ Rt. 2004 s. 1942 "Kinaputtdommen" under punkt 38.

5.4.1 Grov uaktsomhet ved tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger

I det følgende vil jeg vise til et par høyesterettsdommer som kaster lys over hva som anses som ”grov uaktsomhet”, spesifikt ved tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger i kontrakt. Og spørsmålet her er hvor Høyesterett i forhold til ansvarsgjennombrudd i kontrakt har lagt linjen sammenlignet det alminnelige profesjonsansvaret.

I Rt. 1995 s. 486 (Nordland-dommen) fant Høyesterett at den lovfestede ansvarsbegrensningen i vegfraktlovens¹⁴⁵ § 32 ikke kom til anvendelse for en fraktør som skulle frakte en frese- og boremaskin fra Hamburg til Harstad. Under frakt ble maskinen totalskadet, og spørsmålet var altså om sjåføren hadde opptrådt grovt uaktsomt under befraktingen, noe Høyesterett besvarte positivt. Vegfraktlovens § 38 inneholder en bestemmelse som sier at ansvarsbegrensningen i § 32 ikke gjelder i de tilfellene der fraktøren har ”voldt skaden, grovt uaktsomt eller forsettlig”. Høyesterett fastslo at det grov uaktsomhetsbegrep som omfattes av vegfraktloven § 38 har det samme innholdet som det grov uaktsomhetsbegrep som gjelder i erstatningsretten. Høyesterett kom altså frem til at sjåføren hadde opptrådt grovt uaktsomt og at begrensningen derfor måtte falle. Til grunn for vurderingen la Høyesterett to ansvarsskjerpende forhold. For det første mente retten at ”[s]jåføren visste at han kjørte en lastebil med tilhenger som sammen med trekkvognen kunne laste 22 tonn, at tilhengeren hadde bladfjærer - ikke luftfjæring - og at fjærene var tilpasset tilhengeren med full last. Han visste også at hans egen last bare veide 10,7 tonn. Med fjærer tilpasset 22 tonn måtte han regne med at den lettere lasten han kjørte, kunne bli utsatt for mer risting enn en full last ville være”, slik at selve lastingen av maskinen var kritikkverdig. I tillegg mente retten at selve kjøringen var kritikkverdig ettersom sjåføren ”hadde fra tidligere kjennskap til veiene i Sverige og Norge, også til at disse kunne være hullete og ujevne i vårløsningen. Til tross for sitt kjennskap til de nevnte forhold holdt sjåføren svært høy fart. På en rekke, lengre strekninger både i Sverige og i Norge holdt han en gjennomsnittsfart som lå godt over de lovlige fartsgrenser. Dette gjorde han også etter at han hadde registrert ujevnheter i veibanen og sterk risting av lastebilen og dermed av lasten. Han tilpasset ikke farten etter stivheten i tilhengerens fjæring og veien, slik han

¹⁴⁵ Lov om vegfraktavtaler av 20 des. 1974 nr. 68.

burde ha gjort av hensyn til godset”¹⁴⁶. Disse momentene hensyntatt mente Høyesterett at sjåførens samlede opptreden var grovt uaktsom i kontraktrettslig forstand, og ansvarsbegrensningen etter vfl. § 32 ble satt til side.

En nyere avgjørelse, Rt. 2006 s. 430 (Tørrfiskdommen), gjaldt en sak som rettslig sett omhandler de samme bestemmelser i vegfraktloven som i Nordland-dommen, men har et avvikende faktum. Tilfellet gjaldt spørsmålet om en sjåfør som over natten hadde satt fra seg en semitrailer lastet med tørrfisk på en ubevoktet parkeringsplass sør for Roma kunne sies å ha opptrått grovt uaktsomt, idet traileren ble stjålet fra parkeringsplassen. Høyesterett uttalte at ”Kva krav som skal stillast før det blir konstatert grov aktløyse, må vurderast ut frå mellom anna risikoen, kva verdiar det er tale om, om verdiane er lett omsetjelege og ut frå kva som er handlingsalternativa. Det må ha vekt ved vurderinga at det er tale om eit profesjonsansvar”¹⁴⁷. Retten kom enstemmig til at sjåføren hadde utvist grov uaktsomhet og ansvarsbegrensningen i veifl. § 32 kom falt bort. Bakgrunnen var bortsett fra verdien på 3,7 millioner kroner, at sjåføren ikke hadde rettet seg verken etter bransjenormer om parkering av kjøretøyet i denne regionen, ettersom risikoen for ran var meget stor, eller utnyttet handlingsalternativer som innebar å parkere på parkeringsplass med vakt.

Ut ifra disse to dommene kan det slutes at Høyesterett ved vurderingen av om det foreligger grov uaktsomhet slik at ansvarsbegrensninger i profesjonelle kontrakter kan settes til side, ikke tillater noe særlig rom for skjønn i de tilfellene der skadevolders fremferd ikke svarer til den handlingsnormen en profesjonell aktør burde handlet etter. Og det kan ikke påstås at Høyesterett her har lagt seg på en strengere linje enn ved det alminnelige profesjonsansvar.

5.4.2 Oppsummering av grov uaktsomhet

Den ovenfor nevnte rettspraksis danner et godt bilde av hva innholdet i det kontraktsrettslige grov uaktsomhetsbegrepet innebærer. I forhold til ansvarsgjennombrudd ved grov uaktsomt mislighold av kontrakt, kommer de ovenfor behandlede prinsipper

¹⁴⁶ Rt. 1995 s. 486 ”Nordland-dommen” på s. 494- 495.

¹⁴⁷ Rt. 2006 s. 430 ”Tørrfiskdommen, under avsnitt (33).

direkte til anvendelse på vurderingen om kontraktsbruddet har skjedd under slike kritikkverdige forhold. For det første er det klart at skadevolder blir ansett for å ha opptrådt grovt uaktsomt, i den grad man på særlig kritikkverdig vis overtrer de kravene til normal aktsomhet som påkreves på det livsområde man befinner seg på. For det annet så blir den enkelte part i næringskontrakter bedømt ut i fra sine profesjonelle kvalifikasjoner i forhold til om denne grensen for aktsomhet er overtrådt eller ikke. Men det er klart at dersom man, i en profesjonell sammenheng, begir seg inn på et livsområde der det kreves spesialkompetanse, kan det i seg selv anses som grovt uaktsomt å ikke besitte denne.

6 Avsluttende bemerkninger

Målet med denne oppgaven har vært å redegjøre for grunnlaget for ansvarsgjennombrudd ved mislighold av næringskontrakter, og da spesielt å presisere innholdet av det forsetts- og grov uaktsomhetsbegrep hvis forståelse må legges til grunn ved vurderingen om en ansvarsbegrensning i kontrakt skal settes til side i det enkelte tilfelle.

Den rettspolitiske fokuset domstolene og andre praktikere, spesielt partene selv, bør ha ved anvendelsen av og etter hvert tydeliggjøringen av linjene for reglene om ansvarsgjennombrudd, er den tilpasning kunnskapen hos partene kan bringe med seg. Spesielt med hensyn til spørsmålet om identifikasjon bør det opprettholdes en så fleksibel regel som mulig når det kommer til det organbegrep som skal legges til grunn. Delegasjon av ansvar og reorganisering av selskapsstrukturen vil her kunne medføre at ansvarsgjennombrudd for erstatningen ikke vil foreligge.

Tilsidesettelse av risikofordelinger i kontrakt legger opp til vanskelige vurderinger hva gjelder respekten for avtalefriheten mellom kontraktspartene. Det er på det rene at partene må ha mulighet til å kreve den positive kontraktsinteresse når disse får klart urimelige utslag på grunn av den annen parts hensynsløse fremferd. Dette må gjelde selv der ansvarsbegrensningen er klart avtalte plikter og rettigheter etter såkalte "agreed documents". I forhold til det forsettelige kontraktbrudd, er det klart at en slik behandling av medkontrahenten ikke kan aksepteres og ansvarsgjennombrudd må finne sted.

For den grove uaktsomhet sin del, er det ikke selve innholdet i dette begrepet som skaper problemer, men spørsmålet om dette i det hele tatt er et akseptabelt grunnlag for tilsidesettelse av kontraktsbestemmelser inngått mellom to likeverdige parter. Det sentrale spørsmålet for forsettets del har vært hvorvidt også det økonomiske tapet må omfattes av det forsett som utvises. Et spørsmål som har brakt diskusjonen om hvorvidt forsettet egentlig er en hensiktsmessig størrelse å anvende som grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsbegrensninger frem. Nyere teori antyder at det vil være mer hensiktsmessig å fokusere på det svikaktige og illojale ved misligholdet i stedet for å holde seg til det mindre

elastiske begrepet ”forsett”¹⁴⁸. Et slikt utgangspunkt for vurderingen om ansvarsgjennombrudd vil også utelukke ”grov uaktsomhet” som vilkår. Og de svakere tilfeller av det som i dag er ansett som grov uaktsomhet, vil i større grad kunne vurderes uavhengig av dette uttrykkets rammer når det skal avgjøres om det i det enkelte tilfellet vil være urimelig å opprettholde en ansvarsbegrensing.

¹⁴⁸ Kaasen (2006) s. 607 flg og punkt 5.2.3 ovenfor.

Kilder

Litteratur:

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo, 2004.

Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utg., Oslo, 1978.

Bull, Hans Jacob, *Tredjemannsdekninger i forsikringsforhold*, Oslo, 1988.

Brækhus, Sjur, *Voldgiftspraksis som rettskilde*, i: Festskrift til Anders Bratholm 70 år s. 447, Oslo, 1990.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001.

Gundersen, Elin Rødder, *Avkorting i erstatningen når forsikringstilfellet er fremkalt ved grov uaktsomhet*, Oslo 2000 (Norsk Forsikringsjuridisk Forenings Publikasjoner; nr. 77).

Hagstrøm, Viggo, *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*, I: Tidsskrift for rettsvitenskap 1996 s. 421.

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*. I samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo, 2003.

Kaasen, Knut, *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*, Oslo, 2006.

Krüger, Kai. *Om forsett i privatretten – særlig om det forsettlige mislighold*. I: Jussens Venner. Bind 3 1968, s. 43.

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 5. utg, Oslo, 2005.

Marthinussen, Karl; Giverholt, Heikki; Arvesen, Hans-Jørgen. *NS 8405 med kommentarer*. Oslo, 2004.

Ness, Cornelius Sogn. *Ansvarsfordeling og forsikring i petroleumskontrakter. En vurdering av gyldigheten og rekkevidden av "knock for knock"-prinsippet*. I: *Marlus* nr. 323 (Skriftserie fra Nordisk Sjørettsinstitutt), Oslo, 2005.

Nygaard, Nils. *Grensa for grov aktløyse*. Oslo, 1968.

Woxholt, Geir. *Avtalerett*, 5. utg. Oslo, 2003.

Rettspraksis:

Norsk Rettstidende:

Rt. 1948 s.370 (Bærturdommen)

Rt. 1970 s. 1235

Rt. 1973 s. 1364 (Ubåtdommen)

Rt. 1983 s. 1222

Rt. 1985 s.883

Rt. 1988 s. 7 (Meglerdommen)

Rt. 1989 s. 1318 (Testamentdommen)

Rt 1994 s. 626 (Kaiinspektørdommen)

Rt. 1995 s. 209

Rt. 1995 s. 288

Rt. 1995 s. 486 (Nordland-dommen)

Rt. 1995 s. 1350

Rt. 1997. s. 1081 (Trampettdommen)

Rt. 2000 s.679

Rt. 2003 s.400 (Fearnleydommen)

Rt. 2004 s. 499

Rt. 2004 s. 1942 (Kinaputtdommen)

Rt. 2006 s. 430 (Tørrfiskdommen)

Nordiske domme i sjøfartsanliggender:

ND 1988 s. 263 (Mørland 7-dommen)

ND 1984 s. 404 (Trans-Tind-dommen)

Lov- og dokumentssregister:

Lovgivning:

1687	Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) av 15. april 1687.
1907	Lov om kjøb (kjøbsloven) av 24. mai 1907 nr. 2.
1918	Lov om slutning av avtaler, om fulmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918, nr. 4.
1953	Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven) av 26 juni 1953 nr. 4.
1972	Lov om arv m.m. (arveloven) av 3. mars 1972 nr.5.
1974	Lov om renter ved forsinket betaling m.m. (morarenteloven) av 17. des. 1974 nr. 100.
1974	Lov om vegfraktavtaler(Veifraktloven) av 20 des. 1974 nr. 68.
1988	Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20 mai 2005 nr. 28

Offentlige dokumenter:

NOU 1979:32

NOU-1987-14

Ot.prp.nr.48 (1965-66)

Ot.prp.nr. 80 (1986- 87)

SOU 1979:32

Kontrakter:

NF 07 Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007.

NTK 07 Norsk Totalkontrakt 2007.

Skip 2000 Standard Norsk Skipsbyggingskontrakt 2000.

NS 8405 Norsk Standard 8405.

NSAB 75 Nordisk Speditørforbunds Alminnelige Bestemmelser 1975

